

**Die formellen und materiellen
Voraussetzungen der für den
Arbeitgeber bestimmten Arbeits-
unfähigkeitsbescheinigungen nach
§ 3 Lohnfortzahlungsgesetz**

Vorgelegt

von

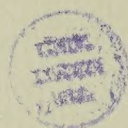
Ottmar Fleischer

aus

Aschaffenburg

*Diss. Erlangen
1904*

1984 # 134





Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546228_0023

Die formellen und materiellen
Voraussetzungen der für den
Arbeitgeber bestimmten Arbeits-
unfähigkeitsbescheinigungen
nach § 3 Lohnfortzahlungsgesetz

Inaugural-Dissertation
der Juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexander-Universität
Erlangen-Nürnberg

vorgelegt von
Ottmar Fleischer
aus Aschaffenburg

Referent: Professor Dr. Wolfgang Blomeyer

Tag der mündlichen Prüfung: 2. März 1984

Amtierender Dekan: Professor Dr. Max Vollkommer

INHALTSVERZEICHNIS

SEITE

<u>Einleitung</u>	1
1. Empirische Problemdarstellung: Mißbrauch beim Krankschreiben	1
2. Juristische Problembetrachtung	4
2.1 Anzeige- und Nachweispflicht	4
2.2 Krankschreiben als Ausstellen der Arbeits- unfähigkeitsbescheinigungen	5
2.3 Juristische Fragestellung: Mißbrauch beim Krankschreiben	6
3. Untersuchungsgegenstand	6
3.1 Reihenfolge der Untersuchung	6
3.1.1 Erstbescheinigung	6
3.1.2 Folgebescheinigungen	7
3.1.3 Erkrankung im Ausland	7
3.2 Bescheinigungen für die Träger der ge- setzlichen Krankenversicherung	7
3.3 Vereinbarte Abweichungen	8
3.4 Hinweis auf mögliche Rechtsfolgen	8
3.5 Zusammenfassungen	9

<u>1. Kapitel: Erstbescheinigung</u>	10
<u>A. Formelle Voraussetzungen</u>	10
<u>I. Bescheinigung</u>	12
1. Die Problemstellung	12
1.1 Urkundenform und mündliche Bestätigung	12
1.2 Die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung als Privaturkunde	12
2. Lösung aus § 3 LFZG	13
2.1 Die Wortbedeutung des Begriffs Bescheinigung	13
2.2 Wortwahl und Vergleich mit der Form der Anzeige	14
2.2.1 Die Wortwahl	14
2.2.2 Die Form der Anzeige	15
2.3 Die 3-Tages-Frist	16
2.3.1 Fehlen eingehender Darlegung	17
2.3.2 Anhaltspunkte in Literatur und Rechtsprechung	18
2.3.3 Stellungnahme	18
a) Problemaufriß durch das Bundes- arbeitsgericht	18
b) Wertung	19
aa) Die Frist dient den Interessen des Arbeiters	19

(a) Beschaffung der Bescheinigung	19
(b) Übermittlung der Bescheinigung	21
bb) Die Frist berücksichtigt auch die Interessen des Arbeitgebers	22
cc) Das Erfordernis einer generellen Frist	22
2.3.4 Rückschluß auf das Schriftformerfordernis	23
3. Verwandte Vorschriften: Einheitlichkeit der Terminologie	24
3.1 Die Vorschriften der §§ 5 und 7 LFZG	25
3.2 Die Vorschrift des § 368 II 2 RVO	25
3.2.1 Der Zusammenhang zwischen der Vorschrift des § 3 LFZG und der des § 368 II 2 RVO	25
3.2.2 Zur Klärung der formellen Voraussetzungen kann auf die Vorschrift des § 368 II 2 RVO abgestellt werden	27
a) Bescheinigungen	27
b) Wortwahl	28
3.3 Die Vorschrift des § 21 BMV-Ä	28
3.3.1 Der Zusammenhang zwischen § 3 LFZG und § 21 BMV-Ä	28
3.3.2 Bestätigung der unter 3.1 und 3.2 gewonnenen Ergebnisse	29
4. Die Stellung des § 3 LFZG im Rechtssystem	30
4.1 Die These	30
4.2 Die Mitwirkung der Krankenkassen und Ärzte	30
4.2.1 Die Krankenkassen	31
4.2.2 Die Ärzte	31

4.3	Kein Formerfordernis aus der Stellung des § 3 LFZG	32
4.3.1	Die Vorschrift des § 369 b RVO bedingt keine Formvorschriften beim Nachweis des Lohnfortzahlungsanspruchs	33
4.3.2	Die Vorschrift des § 368 II 2 RVO bedingt ebenfalls keine Formvorschriften	34
4.3.3	Gesamtergebnis	35
5.	Sinn und Zweck der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung	35
5.1	Die Frage nach der teleologischen Reduktion als Anknüpfungspunkt	36
5.2	Sinn und Zweck des § 3 I 1 2.Hs. LFZG im Spiegel der Literatur	37
5.2.1	Informationfunktion für den Arbeitgeber	37
5.2.2	Beweisfunktion für den Lohnfortzahlungsanspruch	37
5.2.3	Doppelfunktion	38
5.3	Stellungnahme	38
5.3.1	Ausgangsüberlegung	38
5.3.2	Die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung dient der Bestätigung der persönlichen Krankmeldung des Arbeiters im Sinne einer sicheren Information und dem Nachweis der Arbeitsunfähigkeit	38
a)	Informations-(Bestätigungs-)funktion	38
aa)	Die Objektivierung der subjektiven Krankmeldung	39
bb)	Formale Ableitung	40
b)	Nachweis	41

aa)	Berechtigung, dem Arbeitsplatz fernzubleiben, muß nachgewiesen werden	41
bb)	Formale Argumentation	42
5.3.3	Beide Zwecke sind gleichrangig	43
a)	Schutz desselben Interesses	43
b)	Die Gegenansicht	44
aa)	Darstellung	44
bb)	Verkennung der Bedeutung der Bescheinigung	44
cc)	Kein Rückschluß aus der Möglichkeit der Verkennung der Krankheitsdauer durch den Arzt ✓	45
5.3.4	Keine Korrektur der sprachlich-grammatischen und systematischen durch die teleologische Auslegung	46
6.	Vergleich mit der Rechtslage bei Erschütterung der Beweiskraft der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung	47
6.1	Erschütterung der Beweiskraft der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung	47
6.2	Nachweispflicht und Lohnfortzahlungsanspruch	47
6.3	Ergebnis	49
II.	<u>Der Arbeitgeber sieht von dem Schriftformerfordernis ab</u>	50
1.	Absehen vom Nachweis	51
1.1	Verzicht	51
1.1.1	Allgemeine Voraussetzungen	51
1.1.2	Übertragung auf die Nachweispflicht	51

1.1.3	Zwischenergebnis	52
1.2	Unabdingbarkeit	53
1.2.1	Allgemeines zur Unabdingbarkeitsregelung des LFZG	53
1.2.2	Subsumtion	53
1.3	Ergebnis	54
2.	Argumentum a maiore ad minus	54
2.1	Erst-recht-Schluß	54
2.2	Zulässigkeit des Erst-recht-Schlusses	55
2.2.1	Wertungsmäßig gleichliegende Tatbestände	55
	a) Formale Betrachtung	55
	b) Materielle Betrachtung	56
	c) Ergebnis	56
2.2.2	Ungleichbehandlung kraft Gesetzes oder aus sonstigen Gründen	57
	a) Die Unabdingbarkeitsregelung des LFZG	57
	b) Keine sonstigen Gründe für Ungleichbe- handlung	58
2.3	Ergebnis	59
3.	Voraussetzungen des Verzichts	60
3.1	Übersicht über die Arten des Verzichts	60
3.2	Erlaß im Einzelfall	60
3.2.1	Allgemeines	60
3.2.2	Übertragung	61

4.	Hinweis auf zwei Sonderprobleme	62
4.1	Wirksamkeit eines Verzehits im Verhältnis zur Krankenkasse	62
4.2	Verzicht und Leistungsverweigerungsrecht	63
III.	<u>Umfang der Schriftform</u>	65
1.	Allgemeines zum Schriftformerfordernis	65
2.	Das LFZG legt den Umfang des Schriftformerfordernisses nicht fest	66
3.	Bestimmung des Umfangs der Schriftform durch andere Vorschriften	66
3.1	Anwendbarkeit der BGB-Schriftformregel	66
3.2	Frage nach den Anwendungsvoraussetzungen	67
3.2.1	Die Anforderungen nach BGB und AktG	67
3.2.2	Übertragung auf das LFZG	68
3.3	Die Anwendung der Schriftformregel auf die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung	69
IV.	<u>Der Aussteller der Bescheinigung</u>	70
1.	Allgemein zum Begriff des Ausstellers einer Urkunde	70
2.	Nähere Bestimmung des Ausstellers durch das LFZG	71
2.1	Der <u>Arzt</u> als Aussteller der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung	71

2.1.1 Der Begriff des Arztes	71
2.1.2 Andere kundige Personen	73
a) Keine Befugnis zum Ausstellen	73
b) Keine Ausnahmen	74
aa) Unerreichbarkeit des Arztes	74
bb) Unverhältnismäßigkeit der Kosten	75
cc) Ärztliche Bescheinigung und Treu und Glauben	77
c) Ergebnis; Rechtsfolgen bei Ausstellung durch Nichtarzt	78
2.1.3 Der Zahnarzt als Aussteller der Bescheinigung	78
a) Die Frage nach der Ausstellungsbefugnis	78
aa) Der Wortlaut des § 3 I 1 2.Hs. LFZG	78
bb) Übereinstimmung mit sonstigen Normen und Vereinbarungen aus dem hier betroffenen Regelungsbereich	79
cc) Übereinstimmung mit Sinn und Zweck	80
b) Die Frage nach den Voraussetzungen für die Ausübung des Berufs des Zahnarztes	81
2.1.4 Der Problembereich der behördlichen Billigung	81
a) Die möglichen Fallgestaltungen	81
b) Ärztliche Bescheinigung und fehlerhafte bzw. fehlende oder unwirksame Billigung	82
aa) Fehlerhafte Billigung	82
bb) Fehlende oder unwirksame Billigung	82
cc) Auswirkungen	83
2.2 Der <u>behandelnde</u> Arzt als Aussteller der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung	84
2.2.1 Der Begriff der Behandlung	84
a) Keine Bestimmung des Begriffs durch das LFZG	84
b) Klärung des Begriffs mit Hilfe der RVO	85
c) Übereinstimmung dieses Ergebnisses mit Sprachgebrauch und Sinn und Zweck	86
aa) Der allgemeine Sprachgebrauch	86
bb) Sinn und Zweck der Einführung des "Hausarztverfahrens"	87
cc) Sinn und Zweck der Behandlung als Voraussetzung der Ausstellungsbefugnis	88

2.2.2 Problemfälle bei der Anwendung dieser Grundsätze	88
a) Rechtsfolgen bei Ausstellung durch nicht behandelnden Arzt	88
b) Der Arbeiter sucht zwei verschiedene Ärzte auf	89
aa) Die Fallgestaltung	89
bb) Die Krankheit muß zur Arbeitsunfähigkeit führen	89
cc) Die Ausstellungsbefugnis	90
c) Der Arbeiter wird an einen Facharzt überwiesen	92
aa) Die Fallgestaltung	92
bb) Die Ausstellungsbefugnis	92
3. Der Problembereich "Freie Arztwahl"	93
3.1 "Kassenarzt" und "Nichtkassenarzt" als Aussteller der Bescheinigung	93
3.1.1 Der Wortlaut des § 3 I 1 2.Hs. LFZG	93
3.1.2 Übereinstimmung mit Sinn und Zweck der <u>ärztlichen</u> Bescheinigung	94
3.1.3 Herleitung aus der Anspruchsberechtigung nach § 1 LFZG	95
a) Lohnfortzahlung nicht nur für in der gesetzlichen Krankenkasse Versicherte	95
b) Die Kosten der Bescheinigung	95
c) Schlußfolgerungen	96
3.2 Arzt, der das besondere Vertrauen des Arbeitgebers genießt	98
3.2.1 Die Rechtslage vor Inkrafttreten des LFZG	100
3.2.2 Die Rechtslage unter Geltung des LFZG	101
a) Die Nachweispflicht gilt für die Arbeitsverhältnisse sämtlicher Arbeiter	101

b) Rechtsprechung und Literatur	101
aa) Bloße Darstellung des Problems	102
bb) Argumentation außerhalb des LFZG	102
cc) Argumentation im Rahmen des LFZG	103
c) Stellungnahme	103
aa) Der klare Wortlaut des § 3 I LFZG	103
bb) Freie Arztwahl auch im Bereich der Krankenversicherung	105
cc) Bestimmungsrecht aufgrund anderer Normen	105
dd) Problemkreis Nachuntersuchung	107

V. <u>Anmerkungen zur schriftlichen Form</u>	109
1. Die Erstellung der Arbeitsunfähigkeitsbe- scheinigung	109
1.1 Die Vollständigkeit	109
1.1.1 Das Erfordernis nach § 126 BGB	109
1.1.2 Voraussetzung auch nach dem LFZG	110
1.2 Die Einheitlichkeit	111
1.2.1 Das Erfordernis nach § 126 BGB	111
1.2.2 Übereinstimmung mit den Voraussetzungen des LFZG	111
2. Die eigenhändige Namensunterschrift	112
2.1 Der Urkundentext	112
2.2 Abschluß- und Deckungswirkung	112
2.3 Die zeitliche Reihenfolge von Texter- stellung und Unterschriftsleistung	113

2.3.1	Keine Reihenfolge normiert	113
a)	Allgemeine Rechtslage	113
b)	Die Rechtslage nach dem LFZG	114
aa)	Problemkreis <u>Unterschrift</u>	114
bb)	Unterschrift des <u>behandelnden</u> Arztes	114
2.3.2	Die Blankounterschrift	115
a)	Die allgemeine Rechtslage	115
b)	Abweichung unter Geltung des LFZG	116
2.4	Das Unterschreiben	116
2.4.1	Mechanisch hergestellte Unterschrift	116
a)	Allgemeine Regelung	116
b)	Analogie zu § 3 I 2 VVG	117
2.4.2	Vertreter und Schreibhilfe	118
a)	Unterschrift des Vertreters	118
aa)	Allgemeine Rechtslage	118
bb)	Die Rechtslage nach dem LFZG	119
	(a) Keine Vertretung durch Nichtarzt	119
	(b) Keine Vertretung durch Arzt	119
	(c) Überprüfung an Sinn und Zweck der Einschaltung eines Arztes	120
b)	Die Schreibhilfe	121
2.5	Die Unterschrift	121
2.5.1	Der Name	121
2.5.2	Lesbarkeit	122

VI. <u>Die Frage nach weiteren notwendigen, gesetzlich aber nicht normierten, formellen Voraussetzungen</u>	123
1. Literatur	123
2. Stellungnahme	124
2.1 Die normierten Voraussetzungen als Mindest- inhalt der Bescheinigung	125
2.1.1 Allgemeine zivilrechtliche Rechtslage	125
2.1.2 Die Frage nach den genannten Voraussetzungen als Mindestanforderung	126
a) Andere Formmerkmale sind denkbar	126
b) Das LFZG stellt nur ein Mindestanforder- nis auf	126
aa) Literatur	126
bb) Wertung	126
(a) Der Wortlaut des § 3 I S. 1 2.Hs. und S. 5 LFZG	126
(b) Die Lösung aus Sinn und Zweck der Arbeitsunfähigkeitsbe- scheinigung	128
2.2 Die zusätzlich erforderlichen formellen Voraussetzungen	129
2.2.1 Zusätzliche Erfordernisse im Hinblick auf den Aussteller der Bescheinigung	130
a) Die Erkennbarkeit der Ausstellerfunktion	130
aa) Die Notwendigkeit dieses Zusatzer- fordernisses	130
bb) Die praktische Durchführung	131
(a) Die Ausstellerfunktion Arzt	131
(b) Die Ausstellerfunktion be- handelnder Arzt	132
b) Die Nennung von Name und Adresse des Arztes	133
aa) Die Notwendigkeit dieses Zusatzer- fordernisses	133

(a) Die Authentizität ist feststellbar	134
(b) Das Interesse des Arbeitgebers an der ausdrücklichen Nennung von Namen und Adresse des Arztes	134
(c) Die Frage nach der Berücksichtigungsfähigkeit dieser Interessen	135
c) Die Nennung der Kassenarztzulassung	138
d) Die Nennung der Fachrichtung des Arztes	139
2.2.2 Zusätzliche Erfordernisse im Hinblick auf die Bescheinigung selbst	140
a) Bezeichnung als Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung	140
aa) Die gesetzliche Bestimmung	140
bb) Begründung eines derartigen Formerfordernisses aus Sinn und Zweck der Bescheinigung	140
b) Datierung der Bescheinigung	141
aa) Angabe des Tages der Ausstellung der Bescheinigung	142
(a) Die gesetzliche Normierung	142
(b) Frage nach abweichender Beurteilung aufgrund lohnfortzahlungsrechtlicher Besonderheiten	142
bb) Die Angabe des Tages der ärztlichen Feststellung der Arbeitsunfähigkeit	143
(a) Die gesetzliche Normierung	143
(b) Die Frage nach der Notwendigkeit aufgrund des Lohnfortzahlungsrechts	144
2.2.3 Weitere Erfordernisse im Hinblick auf den von der Bescheinigung betroffenen Arbeiter	147
a) Die Kennzeichnung des betroffenen Arbeiters durch Angabe persönlicher Daten	147
aa) Blick auf die einschlägigen Gesetzesbestimmungen	147
bb) Problemlösung aus dem Regelungszusammenhang und Sinn und Zweck	148
cc) Umfang der Kennzeichnung	149

b) Die Frage nach der Kennzeichnung des betroffenen Arbeiters in arbeitsrechtlicher und sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht	150
aa) Nähere Bezeichnung der zu verrichtenden Tätigkeit	151
bb) Kennzeichnung des Arbeiters in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht	154
2.2.4 Erfordernisse im Hinblick auf den Empfänger der Bescheinigung	157
a) Die Frage nach der Bezeichnung des Empfängers	157
aa) Die gesetzlichen Bestimmungen	157
bb) Lösung des Problems unter Abstellung auf Regelungszusammenhang und Sinn und Zweck der Bescheinigung	157
2.2.5 Zusammenfassung	158
VII. <u>Der regelmäßig verwandte Mustervordruck</u>	160
1. Die Grundlage des Mustervordrucks	160
2. Darstellung des Mustervordrucks	161
3. Vergleich der ermittelten notwendigen Voraussetzungen mit dem Mustervordruck	163
3.1 Literatur	163
3.2 Stellungnahme	163
3.2.1 Die Namensunterschrift des behandelnden Arztes	163
3.2.2 Die Erkennbarkeit des Ausstellers als Arzt	164

3.2.3	Der Tag der ärztlichen Feststellung der Arbeitsunfähigkeit	165
3.2.4	Name, Adresse und Geburtsdatum des Arbeiters	165
3.2.5	Die zu verrichtende Tätigkeit	165
B.	<u>Materielle Voraussetzungen</u>	167
I.	<u>Die Arbeitsunfähigkeit</u>	168
1.	Gesetzeslage und Literatur	168
2.	Stellungnahme	168
2.1	Die Darstellung der Arbeitsunfähigkeit in der Bescheinigung	168
2.1.1	Die Bescheinigung muß eine ausdrückliche Erklärung über die Arbeitsunfähigkeit enthalten	168
	a) Der Gesetzeswortlaut	168
	b) Sinn und Zweck der Bescheinigung	169
2.1.2	Die Bescheinigung muß den Begriff arbeitsunfähig bzw. Arbeitsunfähigkeit verwenden	170
	a) Die Ableitung aus dem Gesetzeswortlaut	170
	b) Die Bestätigung des Ergebnisses aus dem Begriff der Arbeitsunfähigkeit	171
2.2	Arzt und Arbeitsunfähigkeit	172
2.2.1	Die notwendigen Kenntnisse des Arztes	172
2.2.2	Hinweis auf die Anleitungen für das Ausstellen der Bescheinigung	173

II. <u>Die voraussichtliche Dauer</u>	174
1. Gesetzeslage und Literatur	174
2. Stellungnahme	174
2.1 Voraussichtliche Dauer: Ihr Wesensgehalt	174
2.2 Die Darstellung in der Bescheinigung	176
2.2.1 Die Darstellungsmöglichkeiten	176
2.2.2 Angabe auch des Beginns der Arbeitsunfähigkeit	177
a) Literatur	177
b) Wertung	177
aa) Außerachtlassen der Nachweisfunktion und der 3-Tages-Frist	177
bb) Der Begriff der Dauer	179
cc) Keine Begründung mit Hilfe der Menschenwürde des Arbeiters	179
2.2.3 Fehlen der Angabe des Beginns	180
2.2.4 Die Ausstellungsregeln für den Arzt	182
III. <u>Der Vermerk</u>	183
1. Die gesetzliche Grundlage	183
2. Korrektur durch das Sozialversicherungsrecht	183
2.1 Der Arbeiter ist nicht in der gesetzlichen Krankenversicherung versichert	184
2.2 Inanspruchnahme eines Arztes, der weder zur kassenärztlichen Versorgung zugelassen, noch an ihr beteiligt ist	187

3.	Der Wesensgehalt des Vermerks	188
3.1	Unterrichtung des Arbeitgebers	189
3.2	Erinnerungsposten für den Arzt	190
4.	Die Darstellung des Vermerk in der Bescheinigung	190
4.1	Formale Darstellung	190
4.2	Der Inhalt des Vermerks	191
4.2.1	Die Darstellung des Empfängers	191
4.2.2	Der Inhalt i.e.S.	192
5.	Folgen des mangelhaften Vermerks	192
5.1	Der Vermerk fehlt in der Be- scheinigung	192
5.1.1	Allgemeines zum Fehlen der not- wendigen Voraussetzungen	192
5.1.2	Literatur	193
5.1.3	Stellungnahme	193
5.2	Hinweis auf die Folgen bei Nichtübersendung der geson- derten Bescheinigung	195
5.2.1	Der Gesetzeswortlaut	195
5.2.2	Unterschiedliche Rechtsverhält- nisse, keine Zurechnung	195
6.	Zusammenfassung	196

IV. <u>Frage nach sonstigen notwendigen materiellen Voraussetzungen</u>	197
1. Die Gesetzeslage	197
2. Weitere relevante Inhaltsvoraussetzungen	197
2.1 Art und Ursache der Krankheit	197
2.2 Die ärztlich angeordneten Verhaltensregeln	198
3. Frage nach der Notwendigkeit der Angabe dieser Voraussetzungen	199
3.1 Literatur	199
3.2 Stellungnahme	200
3.2.1 Keine Angabe von Art und Ursache der Krankheit	200
a) Ausgangsüberlegung	200
b) Die Vorschrift des § 3 I LFZG als abschließende Regelung im Hinblick auf den Inhalt der Bescheinigung	201
aa) Der Gesetzeswortlaut	201
(a) Die Form der gesetzlichen Regelung	201
(b) Der Gesetzesaufbau	202
(c) Die Vorschrift des § 3 I S. 3 LFZG	203
bb) Das Persönlichkeitsrecht des Arbeiters	203
cc) Die Rechtslage vor Inkrafttreten des LFZG	204
dd) Bestätigung des Ergebnisses durch die kassenarztrechtliche Regelung	206

ee) Ergebnis	207
c) Der Begriff Angaben zu Art und Ursache der Krankheit	207
3.2.2 Keine Nennung der vom Arzt angeordneten Verhaltensmaßnahmen	208
a) Methodischer Ansatz	208
b) Lösung	209
aa) Der Gesetzeswortlaut	209
bb) Der Persönlichkeitsschutz des Arbeiters	209
cc) Ergebnis	210
<u>V. Der Mustervordruck</u>	211
1. Grundlage und Darstellung des Mustervordrucks	211
2. Vergleich der ermittelten notwendigen Voraussetzungen mit dem Mustervordruck	211
2.1 Literatur	211
2.2 Vergleich	211
2.2.1 Die Angaben zur Arbeitsunfähigkeit	211
a) Eindeutige Äußerungen	212
b) Verwendung des Arbeitsunfähigkeitsbegriffs	212
2.2.2 Die Darstellung der voraussichtlichen Dauer	212
a) Allgemeiner Vergleich	212
b) Das voraussichtliche Ende der Arbeitsunfähigkeit nach den Vordruck-Erläuterungen	213
aa) Die Vordruck-Erläuterungen sind insoweit fehlerhaft	214
(a) Der Gesetzeswortlaut	214
(b) Beurteilung an Sinn und Zweck der Bescheinigung	215

bb) Ergebnis und Vorschlag	216
2.2.3 Die Aufnahme des Vermerks	217
a) Aufnahme des Vermerks ohne Ausnahme	217
b) Der Empfänger	217
c) Der Inhalt i.e.S.	218
3. Zusammenfassendes Ergebnis	218
<u>2. Kapitel: Folgebescheinigungen</u>	219
A. <u>Die begrenzte Geltungsdauer der Erstbescheinigung als Voraussetzung der Folgebescheinigung</u>	220
1. Problemkreis: Die Arbeitsunfähigkeit dauert länger als bescheinigt	220
2. Die Lösungsmöglichkeiten	220
3. Die gesetzliche Regelung	220
3.1 Der Gesetzeswortlaut	220
3.2 Übereinstimmung mit Sinn und Zweck	221
4. Hinweis auf Folgeproblem	222
B. <u>Die formellen und materiellen Voraussetzungen</u>	224
1. Die formellen Voraussetzungen	225
1.1 Literatur	225
1.2 Stellungnahme	225
1.2.1 Die ärztliche Bescheinigung	225
1.2.2 Neue Bescheinigung	225

2.	Die materiellen Voraussetzungen	227
2.1	Gesetzeswortlaut und Literatur	227
2.1.1	Gesetzeswortlaut	228
2.1.2	Literatur	227
2.2	Stellungnahme	228
2.2.1	Die Möglichkeit der Übertragung der zur Erstbescheinigung gewonnenen Erkenntnisse	228
	a) Der Gesetzeswortlaut	228
	b) Keine Abweichung als Folge von Besonderheiten der Folgebescheinigung	229
	aa) Die Bestätigungsfunktion	229
	bb) Die Nachweisfunktion	230
	c) Zusammenfassung	231
2.2.2	Übertragung der zur Erstbescheinigung gewonnenen Erkenntnisse	231
3.	Der Mustervordruck	233
3.1	Allgemeines	233
3.2	Unterschiedliche Kennzeichnung	233
3.3	Die materiellen Voraussetzungen	233
3.3.1	Der Beginn der Arbeitsunfähigkeit nach den Vordruck-Erläuterungen	234
3.3.2	Die Erläuterungen sind insoweit fehlerhaft	234
	a) Die Gesetzeslage	234
	b) Die mit der Aufnahme in die Folgebescheinigung verfolgten Absichten	235
	c) Ergebnis	236

4.	Folgebescheinigung nach Folgebescheinigung	238
4.1	Gesetzeslage und Literatur	238
4.1.1	Gesetzeslage	238
4.1.2	Literatur	239
4.2	Stellungnahme	239
<u>3. Kapitel: Erkrankung im Ausland</u>		241
1.	Die Problemendarstellung	241
2.	Die Lage nach dem LFZG	241
2.1	Dieselben Nachweispflichten	242
2.2	Hinweis auf besonders zu beachtende Umstände	243
2.2.1	Die Vorschrift des § 48 Abs. 1 S. 2 2.Hs. 2. Alt. SeemG	243
2.2.2	Fremdsprachige Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen	244
	a) Die Bescheinigungen müssen nicht in deutscher Sprache abgefaßt sein	244
	aa) Der Wortlaut des LFZG	244
	bb) Interessenabwägung und Sinn und Zweck	245
	b) Die Übersetzung ist Angelegenheit des Arbeitgebers	246
2.2.3	Die Anforderungen an die Bescheinigungen	247
2.2.4	Hinweis auf die besondere Bedeutung der Vorschrift des § 5 S. 2 LFZG bei Erkrankung im Ausland	247

3.	Vereinfachtes Verfahren des Nachweises der Arbeitsunfähigkeit	248
3.1	Die Grundlagen der Abweichung vom LFZG	248
3.2	Die Geltung dieses Verfahrens	249
4.	Ergebnis	251

LITERATURVERZEICHNIS

- Asmus, Werner Eigenhändige oder faksimilierte Unterschrift in der Versicherungspraxis
VersR 1966 S. 1006 ff
- Aye, Hans Adolf Vertrauensärztliche Untersuchung des Arbeitnehmers auf Verlangen des Arbeitgebers?
BB 1956 S. 1033 ff
- Barwasser, Franz H. Regelwidriges Verhalten des Arbeitnehmers vor und während Arbeitsunfähigkeit als Konfliktgegenstand
DB 1976 S. 1332 ff
- Baumbach, Adolf-
Lauterbach, Wolfgang-
Albers, Jan-
Hartmann, Peter Zivilprozeßordnung, 41. Auflage, München, 1983
(zitiert: BLAH)
- Becker, Clemens LFZG, 1971, Bonn
- Becker, Friedemann Die Widerlegung ärztlicher Arbeitsunfähigkeitsatteste seit der Änderung der §§ 368 m, 368 n, 369 b RVO
DB 1983 S. 1253 ff
- BGB-RGRK
(+ Bearbeiter) Das Bürgerliche Gesetzbuch: mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs
Band 1 §§ 1 - 240 (bearb. von Kurt Herbert Johannsen
12. Auflage, Berlin, 1982
(zitiert: BGB-RGRK Namen der Bearbeiter)
- Birk, Rolf LFZG und Auslandsbeziehungen
DB 1973 S. 1551 ff
- Bleistein, Franz-Josef Arbeitnehmer und Krankheit
Band 7 der Bücherei "betrieb+personal" Bonn, 1974

- Bley, Helmar Sozialrecht
2. Auflage, Frankfurt/Main, 1977
- Brecht, Hans-Theo Lohnfortzahlung für Arbeiter
3. Auflage, Herne-Berlin, 1979
(zitiert: Brecht)
- Brecht, Hans-Theo Die Lohnfortzahlung an Arbeiter
im Krankheitsfalle
NWB Fach 26 Seite 1653 ff
- Brill, Werner Die Bedeutung der ärztlichen
Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung
für den Lohnfortzahlungsanspruch
des Arbeiters
DOK 1971 S. 665 ff
- Brill, Werner Die ärztliche Arbeitsunfähigkeits-
bescheinigung nach dem Lohnfort-
zahlungsgesetz
DOK 1971 S. 623 ff
- Brill, Werner Auslandsurlaub und Lohnfortzahlung
DB 1971 S. 1159 ff
- Brill, Werner Die Bedeutung der ärztlichen Ar-
beitsunfähigkeitsbescheinigung
im Lohnfortzahlungsrecht
WzS 1980 S. 69 ff
- Bruck, Ernst-
Möller, Hans Versicherungsvertragsgesetz
8. Auflage, Bayreuth, 1961
- Doetsch, Werner-
Schnabel, Fritz-
Paulsdorff, Jürgen LFZG
5. Auflage, Bergisch Gladbach 1977
- Duden Band 5: Fremdwörterbuch
3. Auflage, Mannheim/Wien/Zürich,
1974
(zitiert Duden Fremdwörterbuch)
- Duden Band 10: Bedeutungswörterbuch
Mannheim/Wien/Zürich, 1970
(zitiert: Duden Bedeutungswörter-
buch)
- Enneccerus-
Nipperdey Enneccerus-Kipp-Wolff,
Lehrbuch des bürgerlichen Rechts
Band 1, 1.2: 15. Auflage, Tübingen,
1959
Bearbeiter: Hans Carl Nipperdey
- Feichtinger, Peter-
Pohl, Wolfgang Verminderter Beweiswert der Arbeits-
unfähigkeitsbescheinigung
DB Beilage 4/84

- Feichtinger, Peter Zweifelsfragen zu Lohn- und Gehaltsfortzahlung und Kündigung bei Krankheit
1. Auflage, Regensburg, 1978
(zitiert: Feichtinger I)
- Feichtinger, Peter Krankheit im Arbeitsverhältnis, Stuttgart 1981
(zitiert: Feichtinger II)
- v. Ferber, Liselotte Die Arbeitsunfähigkeitsdiagnose des niedergelassenen Arztes und ihre Aussagefähigkeit
DOK 1980 S. 918 ff
- Gitter, Wolfgang Sozialrecht
München, 1981
- Göppner, Klaus Die Lohnfortzahlung im Krankheits-
falle unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses zur öffentlichen Krankenversicherung
Inaugural-Dissertation, Julius-Maximilians-Universität Würzburg, 1970
- Grunau, Martin Spiegel der Rechtssprache
Flensburg 1961
- Gumpert, Jobst Kündigung wegen Krankheit
BB 1962 S. 1289 ff
- Hessel, Philipp Krankheit im Arbeitsrecht
2. Auflage, Heidelberg, 1957
Schriften des DB Heft 12
(zitiert: Hessel I)
- Hessel, Philipp Die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall
2. Auflage, Regensburg, 1971
Rechtsarchiv der Wirtschaft, Sonderheft 142 Dezember 1971
(zitiert: Hessel II)
- Hessel, Philipp -
Marienhagen, Rolf Krankheit im Arbeitsrecht
4. Auflage, Heidelberg 1980
(Schriften der Betriebs-Beratung 12)
- Höpfinger, Stefan Wer "krankfeiert" handelt unsozial
Bayernkurier 10.4.1982

Hoernigk, Rudolf-
Romann, Karl-Heinz-
Schroeter, Kurt

Krankenversicherung -
2. Buch der RVO - Loseblatt-
kommentar 1979

Hueck, Alfred-
Nipperdey, Hans Carl

Lehrbuch des Arbeitsrechts
7. Auflage Band I, Berlin-
Frankfurt/Main, 1963; Band
II, 1. und 2. Halbband, Berlin-
Frankfurt/Main, 1966 und 1970

Hueck, Götz

Anmerkung zu LAG Berlin
Urteil vom 25.10.1956 AP Nr. 4
zu § 611 BGB Treuepflicht

Jäger, Carl Hellmut

Krankheit des Arbeitnehmers
5. Auflage, Freiburg, 1975

Jauernig, Othmar
(+ Bearbeiter)

Jauernig-Schlechtriem-Stürner-
Teichmann-Vollkommer: Bürgerliches
Gesetzbuch
2. Auflage, München, 1981
(zitiert: Jauernig - Namen der
Bearbeiter)

Kaiser, Heinz

LFZG
München, 1970

Kehrmann, Karl-
Pelikan, Wolfgang

LFZG
2. Auflage, München, 1973

Klages, August W.

Die Lohn- und Gehaltsfortzahlung
im Krankheitsfall
Klages-Verlag
12. Auflage, Hannover, 1981

Krauskopf, Dieter
(Mitarbeit v.
Baier, Gerhard-
Müller Rolf)

Soziale Krankenversicherung
Kommentar (Loseblatt)
2. Auflage, München, 1978

Krent, Dietrich

Nachweis der Arbeitsunfähigkeit
durch privatärztliches Attest
BB 1961 S. 99 ff

Kopp, Ferdinand O.

Verwaltungsverfahrensgesetz
2. Auflage, München, 1980

Küchenhoff, Günther

Der Werksarzt
RdA 1972 S. 336 ff



- Larenz, Karl
Methodenlehre der Rechtswissenschaft
3. Auflage, Berlin-Heidelberg-New York, 1975
(zitiert: Larenz, Methodenlehre)
Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts
5. Auflage, München, 1980
(zitiert: Larenz AT)
- Laufs, Adolf
Arztrecht
2. Auflage, München 1978
- Leibholz, Gerhard-
Rinck, Hans-Justus-
Hesselberger, Dietrich
GG, Kommentar
6. Auflage, Köln-Marienburg, ab 1979
(zitiert: Leibholz-Rinck)
- Lepke, Achim
Schuldhaft unterlassene Krankmeldung des Arbeitnehmers und "sogeannter" Lohnfortzahlungsanspruch
BB 1967 S. 1174 ff
- Lepke, Achim
Zum Kündigungsrecht des Arbeitgebers bei Erkrankungen des Arbeitnehmers
DB 1970 S. 489 ff
- Lepke, Achim
Rechtsfolgen bei der Verletzung von Verhaltensobliegenheiten des Arbeitnehmers bei feststehender oder behaupteter, aber zweifelhafter krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit
DB 1974 S. 430 ff; S. 478 ff
- Lepke, Achim
Zur Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen einer sog. Fortsetzungserkrankung im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 2 l. Halbsatz LFZG
DB 1983 S. 447 ff
- Lepke, Achim-
Neumann, Dirk
Kündigung bei Krankheit
5. Auflage, Düsseldorf, Frankfurt, 1979
- Marburger, Horst
Gehalts- und Lohnfortzahlung im Krankheitsfall
4. Auflage, Stuttgart, 1982
(zitiert: Marburger)

- Marburger, Horst Ist die verschiedenartige
Regelung der Meldung der Ar-
beitsunfähigkeit für den Bezug
von Krankengeld und Entgelt
sinnvoll?
RdA 1974 S. 29 ff
- Marburger, Horst Zweifelsfragen aus Anlaß der
Arbeitsunfähigkeitsmeldung im
Zusammenhang mit der Entgelt-
fortzahlung
BB 1978 S. 1419 ff
- Marienhagen, Rolf Kommentar zum LFZG
3. Auflage, Heidelberg, 1970
(zitiert: Marienhagen)
- Marienhagen, Rolf Lohnfortzahlung für kranke
Arbeitnehmer (II)
BB 1962 S. 1376 ff
- Marienhagen, Rolf Zweifelsfragen zum LFZG
BB 1970 S. 586 ff
- Matthes, Hans-Christoph Das LFZG in der Rechtsprechung
Beilage Nr. 6 zu Heft 17
DB 1971
- Maunz, Theodor-
Dürig, Günter-
Herzog, Roman-
Scholz, Rupert GG, Kommentar
5. Auflage, München
(zitiert: Maunz-Dürig-Herzog)
- Maus, Wilhelm LFZG
2. Auflage, Baden-Baden, 1970
- Meisel, Peter Kündigung wegen Arbeitsunfähig-
keit infolge Krankheit
DB 1981 S. 1722 ff
- Molitor, Erich Werksärztliche Rechtsfragen
BB 1956 S. 437 ff
- Müller, Alfred-
Schön, Walter Zweifelsfragen zu Urlaub, Krank-
heit, Einstellung, Kündigung
4. Auflage, Kissing, 1978
- Münchener Kommentar
(+ Bearbeiter) Münchener Kommentar zum Bürger-
lichen Gesetzbuch: in 7 Bd./
hrsg. von Kurt Rebmann; Franz-
Jürgen Sacker
München, ab 1977
(zitiert: MünchKomm - Namen der
Bearbeiter)

Nikisch, Arthur

Arbeitsrecht, 2 Bände
3. Auflage, Tübingen, 1961

Ortlepp, Hans-Peter

Aktuelle Einzelfragen und Zweifels-
fragen zum LFZG
B1StSozArbR 1973 S. 33 ff

Otten, August Wilhelm

Zur Arbeitsunfähigkeitsbe-
scheinigung im Sinne des Lohn-
fortzahlungsgesetzes
DB 1976 S. 389 ff

Palandt, Otto
(+ Bearbeiter)

Bürgerliches Gesetzbuch,
Kommentar
42. Auflage, München, 1983
(zitiert: Palandt - Namen der
Bearbeiter)

Peters, Horst

Handbuch der Krankenversicherung
(Loseblattkommentar) und
Anhang 2.01 LFZG

Prasse, Ernst

Ist der Arbeitnehmer verpflichtet,
sich durch einen vom Arbeitgeber
benannten Arzt untersuchen zu
lassen?
RdA 1959 S. 55 ff

Prölss, Erich Robert-
Martin, Anton

Versicherungsvertragsgesetz
22. Auflage, München, 1980

Rauschert, Horst

Ärztliches Gutachten über be-
stehende Erkrankung und allge-
meinen Gesundheitszustand von
Arbeitnehmern
BB 1959 S. 814 ff

RGRK-HGB
(+ Bearbeiter)

Großkommentar zum HGB
3. Auflage, Berlin-New York,
seit 1967
(zitiert RGRK-HGB- Namen der
Bearbeiter)

Röhslers, Waldemar

Die Fortzahlung des Arbeitsent-
gelts an Arbeiter im Krankheits-
falle
AR-Blattei D Krankheit III A
III Entgeltfortzahlung A Arbeiter

- | | |
|---|--|
| <u>Rößler</u> , N. | Wie kann sich der Arbeitgeber gegen sog. Gefälligkeitsatteste schützen?
DB 1969 S. 525 ff |
| <u>Sabel</u> , Hans-Jürgen | Anmerkung zu BAG Urteil vom 4.10.1978, EEK I/622 |
| <u>Schaub</u> , Günter | Arbeitsrechtshandbuch
4. Auflage, München, 1980 |
| <u>Schellong</u> , Gerhard | LFZG
Frankfurt/Main, 1970 |
| <u>Schelp</u> , Günther-
<u>Trieschmann</u> , Günther | Das Arbeitsverhältnis im Krankheitsfalle
Köln, 1988 |
| <u>Schlegelberger</u> , Franz
(+ Bearbeiter) | Kommentar zum HGB
5. Auflage, München, 1973
(zitiert: Schlegelberger - Namen der Bearbeiter) |
| <u>Schmidt-Bleibtreu</u> , Bruno-
<u>Klein</u> , Franz | Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
5. Auflage, Neuwied, Darmstadt, 1980 |
| <u>Schnorr v. Carolsfeld</u> | Anmerkungen LAG Bremen
Urteil vom 28.3.1956,
AP Nr. 17 zu § 626 BGB |
| <u>Schulin</u> , Betram | Sozialversicherungsrecht
Düsseldorf, 1976 |
| <u>Schulte-Mimberg</u> , Udo | Zehn Jahre Lohnfortzahlungsgesetz
DOK 1980 S. 57 ff |
| <u>Selter</u> , Thomas | 130 Milliarden - na und?
Bonn, 1981 |
| <u>Sieg</u> , Karl | Anmerkung zu BAG Urteil vom 27.8.1971
SAE 1972 S. 81 ff |
| <u>Soergel</u> , Hs.Th.-
<u>Siebert</u> , W. | Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Kommentar
11. Auflage, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1978/81
(zitiert: Soergel - Namen der Bearbeiter) |

Sommer, Gerd-
Schaub, Günter

Nachweis der Krankheit
AR-Blattei D Krankheit des
Arbeitnehmers II
II Nachweis der Krankheit

Spix, Hans
Papenheim, Heinz-Gert

Lohnfortzahlung im Krankheits-
fall
9. Auflage, 1977

Staudinger, J. von
(+ Bearbeiter)

Kommentar zum Bürgerlichen Ge-
setzbuch
12. Auflage, Berlin, 1978/81
(zitiert: Staudinger - Namen
der Bearbeiter)

Stürmer, Rolf

Der Anspruch auf Erfüllung von
Treue- und Sorgfaltspflichten
JZ 1976 S. 384 ff

Töns, Hans

Die wirtschaftliche Sicherung
der Arbeitnehmer bei Arbeits-
unfähigkeit
1970, Düsseldorf

Walter, Bernhard

Rechtsnatur der Anzeige- und
Nachweispflicht gemäß § 3
des LFZG
Arbeitsrecht der Gegenwart,
Band 10, 1972 S. 47 ff

Weiland, Heinz

Die rückdatierte Arbeitsunfähig-
keitsbescheinigung
BB 1979 S. 1096 ff

Wieczorek, Bernhard

Zivilprozeßordnung und Nebenge-
setze, Großkommentar
2. Auflage, Berlin, 1975 ff

Zippelius, Reinhold

Einführung in die juristische
Methodenlehre
2. Auflage, München, 1974

Zöllner, Richard
(+ Bearbeiter)

Zivilprozeßordnung mit Gerichts-
verfassungsgesetz und Nebenge-
setzen, Kommentar, bearbeitet
von Degenhart, Gzimer, Gummer,
Karch, Mühlbauer, Philippi,
Scherübl, E. Schneider, Stephan,
Vollkommer
12. Auflage, München, 1979
(zitiert: Zöllner - Namen der
Bearbeiter)

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.M.	Anderer Meinung
Anm.	Anmerkung
AP	Arbeitsrechtliche Praxis, Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts (zitiert nach Gesetzesstelle und Entscheidungsnummer)
AR-Blattei	Arbeitsrecht-Blattei, Loseblatthandbuch
ArbG	Arbeitsgericht (zitiert mit dem jeweiligen Ortsnamen)
Art.	Artikel
Az.	Aktenzeichen
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (zitiert nach Band und Seite)
BAV	Bundesangestelltentarifvertrag
BB	Der Betriebsberater (Jahr und Seite)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18.8.1896
BGBI. I	Bundesgesetzblatt Teil I
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (zitiert nach Band und Seite)
BLAH	Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, s. Literaturverzeichnis
B1StSozArbR	Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherungs- und Arbeitsrecht (Jahr und Seite)

BSozG	Bundessozialgericht
BT-Dr.	Bundestag-Drucksache (zitiert nach Wahlperiode und Nummer)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (zitiert nach Band und Seite)
bzw.	beziehungsweise
DB	Der Betrieb (Jahr und Seite)
d.h.	das heißt
Diss.	Dissertation
DOK	Die Ortskrankenkasse (Jahr und Seite)
EEK	Sabel, Entscheidungssammlung zur Entgeltfortzahlung an Arbeiter und Angestellte bei Krankheit, Kur und anderen Arbeitsverhinderungen
f.	und folgende Seite (Paragraph)
ff.	und folgende Seiten (Paragraphen)
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung (Jahr und Erscheinungstag)
FT	Fränkischer Tag (Jahr und Erscheinungstag)
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
hM	herrschende Meinung
i.d.F.	in der Fassung
JZ	Juristen-Zeitung (Jahr und Seite)
KSchG	Kündigungsschutzgesetz vom 25.8.1969

LAG	Landesarbeitsgericht (zitiert mit dem jeweiligen Ortsnamen)
LFZG	Lohnfortzahlungsgesetz
LSozG	Landessozialgericht (zitiert mit dem jeweiligen Ortsnamen)
MuSchG	Gesetz zum Schutze der erwerbstätigen Mutter (Mutterschutzgesetz) i.d.F. vom 18.4.1969
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite)
Nr.	Nummer
NWB	Neue Wirtschaftsbriefe, Loseblatthandbuch
RdA	Recht der Arbeit (Jahr und Seite)
RGRK	Reichsgerichtsrätekomentar (s. Literaturverzeichnis)
S.	Seite
S.a.	Siehe auch
SAE	Sammlung Arbeitsrechtlicher Entscheidungen (Jahr und Seite)
SZ	Süddeutsche Zeitung (Jahr und Erscheinungstag)
v.	von, vom
VersR	Versicherungsrecht, Juristische Rundschau für die Individualversicherung (Jahr und Seite)
vgl.	vergleiche
Vorb.	vorbemerkung
WzS	Wege zur Sozialversicherung (Jahr und Seite)
z.B.	zum Beispiel

Ziff.

Ziffer

ZPO

Zivilprozeßordnung i.d.F. v.
12.9.1950

Einleitung

1. Empirische Problemdarstellung: Mißbrauch beim Krankschreiben

Rund 1,6 Millionen Arbeitnehmer sind täglich in der Bundesrepublik Deutschland krankgeschrieben¹⁾.

Insbesondere von Arbeitgeber- und Unternehmerseite wird in diesem Zusammenhang immer wieder von einem "Mißbrauch beim Krankschreiben" gesprochen. Der Bundesverband Mittelstandsunternehmer z.B. meint, daß 20 % der Arbeitnehmer beim Krankschreiben Mißbrauch treiben²⁾. Von dieser Zahl geht auch Thomas Selter³⁾ in seiner ausführlichen Darstellung der Problemlage aus der Sicht der Arbeitgeber aus. Er berechnet außerdem die volkswirtschaftlichen Gesamtkosten des "Mißbrauchs" und kommt zu dem Ergebnis, daß bei dessen Beseitigung 26 Milliarden DM Lohnfortzahlungseinsparungen möglich wären.

Gegen diesen Vorwurf haben sich die Gewerkschaften immer zur Wehr gesetzt. So behauptet z.B. der stellvertretende DAG-Vorsitzende Walter Quartier, daß es die vermutete mißbräuchliche Inanspruchnahme der Lohnfortzahlung in Wahrheit in nennenswertem Umfang nicht gebe⁴⁾.

Im Rahmen der Suche nach möglichen Einsparungen im sozialen Bereich ist der Streit um den "Mißbrauch" beim Krankschreiben auch in die politische Diskussion geraten. Siehe hierzu als Beispiele die Äußerungen

1) SZ v. 15.6.1982.

2) FT v. 23.7.1981.

3) S. 15.

4) SZ v. 19./20.6.1982.

des Bundeswirtschaftsministers Otto Graf Lambsdorff (FDP)¹⁾, des nordrhein-westfälischen Arbeitsministers Farthmann (SPD)²⁾ und des MdB Höpfinger (CSU)³⁾. Das Spektrum der Meinungen reicht hier von der Ansicht, - daß der Verlust an Wettbewerbsfähigkeit und Produktivität der deutschen Wirtschaft nicht zuletzt auf die im Vergleich zu anderen Ländern hohe Zahl von Abwesenheitstagen zurückzuführen sei, über die Warnung, - durch psychischen oder politischen Druck den Krankenstand in den Betrieben weiter senken zu wollen, bis zu der Ansicht - "wer 'krankfeiert', handelt unsozial".

Unabhängig von allgemein politischen und arbeitspolitischen Standpunkten wird man aber nicht umhin kommen, von einem zumindest nicht unerheblichen Mißbrauch beim Krankschreiben zu sprechen. Dies ergibt ganz eindeutig der nachweisbare Zusammenhang zwischen Krankenstand⁴⁾ und Konjunktur. Von 1967⁵⁾ stieg der Krankenstand bis 1973⁶⁾ kontinuierlich an, wobei es 1970 einen deutlichen Sprung nach oben⁷⁾ gab, nachdem die gesetzliche Lohnfortzahlung eingeführt worden war. Unter dem Eindruck der ersten Ölkrise und bis zur Rezession des Jahres 1975 gingen die Krankmeldungen in der Gesamtwirtschaft wieder

1) SZ v. 24.7.1981.

2) SZ v. 15.12.1982 und 27.4.1983.

3) Bayernkurier v. 10.4.1982.

4) Zeiten, in denen Arbeitnehmer wegen Krankheit ihren Verpflichtungen gegenüber dem Betrieb nicht nachkommen, angegeben jeweils in Prozent der gewerblichen Arbeitnehmer im Jahresdurchschnitt.

5) 4,74 %.

6) 7,51 %.

7) 6,35 nach 7,02 %.

deutlich zurück¹⁾. 1979, das Wirtschaftswachstum stieg auf 4,4 %, folgte dem auch der Krankenstand, um sich²⁾ dem Höchststand des Jahres 1973 zu nähern. Mit der Abschwächung des Wachstums fiel auch der Krankenstand zurück³⁾.

Weiter sprechen für den Mißbrauch beim Krankschreiben die Berichte von Betriebsräten, die einen deutlichen Zusammenhang z.B. zwischen Volksfesten und Krankenstand erkennen lassen.

Außerdem ergibt sich ein Indiz aus der Tatsache, daß zwischen 70 und 90 % aller Krankschreibungen zum Wochenende enden und zwischen 40 und 60 % am Montag beginnen⁴⁾.

Dies alles geschieht, obwohl die Krankschreibung durch einen Arzt erfolgt, der im Verhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber der Sachverständige, der neutrale Dritte⁵⁾ sein soll.

Aber bereits hier setzt Kritik ein. Es wird vielen Ärzten beim Krankschreiben eine verbreitete Grobzügigkeit unterstellt⁶⁾ oder die Mentalität "wenn ich nicht krank schreibe, dann tut es ein anderer"⁷⁾.

1) 1975 - 1977 6,56; 6,88; 6,78 %.

2) Mit 7,43 %.

3) Juni 1981 6,3 % (FAZ v. 23.10.1981; s.a. SZ-Schaubild v. 15.7.1982); diese Entwicklung setzte sich 1982 fort (s. SZ v. 7.8.1982).

4) Werner Sāman von BMW, zitiert nach Wirtschaftswoche Heft 42 v. 9.10.1981, S. 20, 22.

5) Selter S. 18.

6) Höpfinger aaO; nach ArbG Wuppertal DB 1980, 1800 ist gerichtsbekannt, daß einzelne Ärzte ihren Praxisumsatz durch Gefälligkeitsatteste steigern.

7) Selter S. 36.

In diesem Zusammenhang wird auch auf ein Spezifikum der ärztlichen Ausbildung hingewiesen. Selter¹⁾ zitiert aus dem Untergrundbuch "Wege zu Wissen und Wohlstand": "Mediziner sind durch ihre Ausbildung gut dressiert: wenn du ihnen bestimmte Sachen erzählst, fällt bei ihnen eine Klappe, das ist dann die Diagnose ...".

Ergänzend wird noch hinzugefügt²⁾, daß der Arzt nicht ganz neutral sei, da er ein wirtschaftliches Eigeninteresse habe. Daher muß es nicht immer so sein, daß medizinische Vorsicht den Arzt bei Zweifeln die Arbeitsunfähigkeit bescheinigen läßt. Grund hierfür kann auch die Deckungsgleichheit zwischen einem die Lohnfortzahlung mißbräuchlich ausnutzenden Arbeitnehmer und den materiellen Interessen des Arztes sein.

2. Juristische Problembetrachtung

2.1 Anzeige- und Nachweispflicht

Der Arbeiter ist bei Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit nicht nur gehalten (§ 3 I 1 l.Hs. LFZG), seinem Arbeitgeber die Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer unverzüglich anzuzeigen ("Anzeigepflicht"), sondern außerdem verpflichtet, vor Ablauf des dritten Kalendertages nach Beginn der Arbeitsunfähigkeit eine ärztliche Bescheinigung über diese sowie deren

1) S. 18.

2) Selter S. 18; s.a. ArbG Wuppertal FN 3.

voraussichtliche Dauer (§ 3 I 1 2.Hs. LFZG), außerdem bei längerer Dauer eine weitere Bescheinigung (§ 3 I 2 LFZG), vorzulegen ("Nachweispflicht")¹⁾.

Im Falle einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit trifft den Arbeiter somit gegenüber seinem Arbeitgeber eine doppelte Verpflichtung²⁾.

2.2 Krankschreiben als Ausstellen der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen

Zu fragen ist nun zuerst nach der Verbindungslinie zwischen dieser komplexen Rechtslage und dem Krankschreiben.

Wie gesehen verpflichtet das LFZG den Arbeiter, seinem Arbeitgeber eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorzulegen. Dadurch, daß der Arbeiter diesen Gesetzesbefehl befolgt, erfüllt er seine Nachweispflicht.

Andererseits kann diese Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nur ein Arzt³⁾ ausstellen.

Das Krankschreiben ist nun der Vorgang des Ausstellens der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung.

1) S. Überschrift des § 3 LFZG.

2) S. hierzu näher Brill DOK 1971, 623, 665; Peters Anh. 2. 01 A 202; s.a. Marburger

BB 78, 1419, der von 2 Meldungen spricht, die zu erfolgen haben; s.a. Schellong § 3 Anm. 1, der nach Unterteilung der Nachweispflicht von 3 Pflichten spricht.

3) S. näher unter IV.

2.3 Juristische Fragestellung: Mißbrauch beim Krankschreiben

Die Frage nach dem behaupteten Mißbrauch beim Krankschreiben kann nur beantwortet werden, wenn man die Voraussetzungen des Ergebnisses dieses Vorgangs, also der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen kennt. Denn ein Mißbrauch bei der Beschaffung bzw. Erstellung dieser ist ja nur möglich, wenn diese Voraussetzungen einen solchen zulassen.

5. Untersuchungsgegenstand

3.1 Reihenfolge der Untersuchung

Die Einteilung in drei Kapitel
Erstbescheinigung, Folgebescheinigungen,
Erkrankung im Ausland
folgt dem Gesetzeswortlaut des § 3 LFZG.

3.1.1 Erstbescheinigung

Die Vorschriften des § 3 I S. 1 2.Hs. und S. 3 LFZG behandeln die "Erstbescheinigung"¹⁾. Der Begriff ergibt sich daraus, daß damit die Bescheinigung gemeint ist, die der erkrankte Arbeiter als erste nach Beginn seiner Arbeitsunfähigkeit dem Arbeitgeber vorzulegen hat. Diese Bescheinigung ist Hauptgegenstand der Untersuchung und wird daher im 1. Kapitel dargestellt.

1) Zu § 3 I 3 LFZG s. näher 1. Kapitel B III.

3.1.2 Folgebescheinigungen

Mit den "Folgebescheinigungen" befassen sich
§ 3 I 2 S. 1 und S. 5 LFZG.

Die Geltungsdauer jeder Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ist zeitlich begrenzt. Es gibt keine Verlängerungsmöglichkeit hinsichtlich einer ausgestellten Bescheinigung¹⁾. Dauert die Krankheit länger als angenommen und bescheinigt, muß der Arzt eine neue Bescheinigung ausstellen. Auf die "Erstbescheinigung" folgt somit eine zweite Bescheinigung, genannt Folgebescheinigung. Auch dieser "Folgebescheinigung" können weitere "Folgebescheinigungen" nachfolgen²⁾. Hinsichtlich deren hat jedoch das LFZG keine zusätzlichen Voraussetzungen aufgestellt; sie unterfallen vielmehr auch § 3 I 2 LFZG.

3.1.3 Erkrankung im Ausland

Das dritte Kapitel der Untersuchung beschäftigt sich mit der Erkrankung im Ausland und somit mit § 3 II LFZG.

3.2 Bescheinigungen für die Träger der gesetzlichen Krankenversicherung

Behandelt werden nur die Bescheinigungen, die für den Arbeitgeber bestimmt sind. Die Bescheinigungen für die Träger der gesetzlichen Krankenversicherung, angesprochen in § 3 I 3 LFZG, sind nicht Untersuchungsgegenstand.

1) S. hierzu näher 2. Kapitel A

2) S. näher 2. Kapitel B 4.

3.3 Vereinbarte Abweichungen

Nicht behandelt werden auch Abweichungen vom LFZG kraft Arbeitsvertrag, Betriebsvereinbarung oder Tarifvertrag. Insoweit sei lediglich auf § 9 LFZG verwiesen.

3.4 Hinweis auf mögliche Rechtsfolgen

Liegen die als notwendig erachteten Voraussetzungen der für den Arbeitgeber bestimmten Bescheinigungen nicht vor, ist keine Bescheinigung im Sinne des § 3 LFZG gegeben.

Davon zu unterscheiden ist die Frage, welche Maßnahmen der Arbeitgeber, für den diese Bescheinigungen bestimmt sind, ergreifen kann. Deren Beantwortung dient dieser Hinweis.

Insoweit sind zwei Gruppen zu unterscheiden. Eine Abweichung kann allgemeine arbeits- und zivilrechtliche oder spezielle lohnfortzahlungsrechtliche Auswirkungen nach sich ziehen¹⁾.

Der ersten Gruppe unterfallen ein mögliches Kündigungsrecht des Arbeitgebers und Schadensersatzansprüche gegen den Arbeiter²⁾.

1) Peters Anh. 2.01 A. 202.

2) S. hierzu näher Brill DOK 71, 665, 666 ff; derselbe WzS 80, 69, 71; Kaiser § 3 RN 4; Lepke BB 67, 1174; Schelp/Trieschmann S. 36; Sommer/Schaub AR-Blattei aaO C II, III; Schmatz/Fischwasser C 304; Hessel/Marienhagen S. 88, 90; Spix/Papenheim S. 9; Feichtinger I u. II S. 93 ff; Doetsch/Schnabel/Paulsdorff § 5 RN 9; Brecht § 3 RN 17, § 5 RN 11; Peters A 208; Kehrman/Pelikan § 3 RN 26, § 5 RN 16; Jöns C 196, 197 ff; zu weiteren allgemeinen Rechtsfolgen s.a. Sieq SAE 72, 82 f; Brecht § 5 RN 2; Jöns C 196 5 c; a.M. hinsichtlich Kündigung Marienhagen § 3 RN 1.

Als spezielle lohnfortzahlungsrechtliche Folge ist dem Arbeitgeber nach § 5 S. 1 Nr. 1 LFZG ein Leistungsverweigerungsrecht eingeräumt. Hier- nach ist der Arbeitgeber berechtigt, die Lohn- fortzahlung zu verweigern, solange der Arbeiter die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nach § 3 I LFZG nicht vorlegt.

Nach der Systematik des LFZG gewinnt die ärzt- liche Bescheinigung über die Arbeitsunfähigkeit ihre entscheidende Bedeutung im Rahmen des § 5 LFZG¹⁾.

Dieses Leistungsverweigerungsrecht entfällt nur, wenn der Arbeiter die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat¹⁾.

3.5 Zusammenfassungen

Da die Arbeit eine Vielzahl von Einzelproblemen behandelt, werden die gewonnenen Ergebnisse immer abschnittsweise, also nach Problembereichen, zu- sammengefaßt. Auf eine Gesamtzusammenfassung am Ende der Untersuchung wurde daher der Übersicht- lichkeit halber verzichtet.

1) § 5 S. 2 LFZG; s. hierzu näher Brill DOK 71, 665, 670; Sommer/Schaub AR-Blätter aaO C I 2b; Schmatz/Fischwasser C 506-600; Kehrmann/Pelikan § 5 RN 3; Peters A 210; Brecht § 5 RN 15; Doetsch/Schnabel/Paulsdorff § 5 RN 3; Röhler AR-Blätter aaO V 4b; Töns C 503; Reichlinger S. 94; Marienhagen § 5 RN 7.

1. Kapitel: Erstbescheinigung

Gefragt wird, wann eine Erstbescheinigung, d.h. eine Bescheinigung im Sinne des § 3 I 1 2.Hs., 3 LFZG, vorliegt. Untersucht werden also ihre notwendigen formellen (A.) und materiellen Voraussetzungen (B.).

Die möglichen Fehlerquellen und die Frage, ob trotz Abweichungen von dem Ermittelten eine Bescheinigung im Sinne des LFZG vorliegt, werden immer im unmittelbaren Zusammenhang mit den gefundenen Ergebnissen dargestellt.

A. Formelle Voraussetzungen

Nach der Vorschrift des § 3 I 1 2.Hs. LFZG muß der Arbeiter vor Ablauf des dritten Kalendertages nach Beginn seiner Arbeitsunfähigkeit eine ärztliche Bescheinigung über die Arbeitsunfähigkeit sowie deren voraussichtliche Dauer nachreichen. Entsprechend der Vorschrift des § 3 I 3 LFZG muß diese Bescheinigung einen bestimmten Vermerk enthalten.

Es ist also festzustellen, daß das Gesetz, wie bereits dargelegt, zunächst die Nachweispflicht als solche normiert und dann festlegt, innerhalb welcher Frist dies geschehen muß. Alle übrigen gesetzlichen Merkmale sind der vorzulegenden Bescheinigung selbst zuzuordnen.

Diese können in formelle und materielle Voraussetzungen aufgeteilt werden.

Ganz eindeutig dem Bereich der inhaltlichen Anforderungen zuzordnen sind die Gesetzesmerkmale, die den Vermerk, die Tatsache der Arbeitsunfähigkeit sowie deren Dauer betreffen. Die Bescheinigung soll sich ja gerade zur Arbeitsunfähigkeit und deren Dauer äußern. Zudem hat sie den Vermerk aufzunehmen.

Als gesetzlicher Umstand, der die formellen Voraussetzungen der Nachweispflicht darstellt, verbleibt somit lediglich das Gesetzesmerkmal ärztliche Bescheinigung selbst.

Zu untersuchen ist zunächst, ob durch die Formulierung ärztliche Bescheinigung überhaupt eine gesetzliche Formvorschrift aufgestellt wurde. Wenn ja, welche Voraussetzungen dadurch normiert wurden.

Ob daneben, d.h. neben den gesetzlich genannten Voraussetzungen, weitere Anforderungen zu stellen sind, braucht erst überdacht zu werden, wenn sich herausstellt, daß gesetzliche Voraussetzungen nicht bestehen oder diese nicht umfassend und abschließend sind.

1. 9. unter VI.

I. Bescheinigung

1. Die Problemstellung

1.1 Urkundenform oder mündliche Bestätigung

Vorgelegt werden muß eine ärztliche Bescheinigung, d.h. also die Bescheinigung eines Arztes. Das eigentliche Formbestimmungsmerkmal ist somit der Begriff Bescheinigung.

Unterstellt man, was naheliegend ist, daß die Vorschrift des § 3 I 1 2.Hs. LFZG die Urkundenform verlangt, dann ergibt sich die Frage, ob gegebenenfalls auch eine mündliche Erklärung des Arztes - etwa auch eines Werkarztes - ausreicht, der vielleicht sogar auf ausdrücklichen Wunsch eines schwer erkrankten Arbeitnehmers den Arbeitgeber telefonisch unterrichtet.

1.2 Die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung als Privaturkunde

Es geht hier nicht um das Problem, ob das evtl. bestehende Prinzip der Formfreiheit, wie es sonst grundsätzlich im Privatrechtsverkehr besteht, durch eine gesetzliche Formvorschrift eingeschränkt wurde¹⁾. Denn weder der Arzt noch der Arbeiter geben in diesem Zusammenhang eine Willenserklärung, d.h. die Äußerung eines Willens, gerichtet auf die Herbeiführung einer Rechtswirkung ab. Es wird auch

1) Statt vieler Förschler in MünchKomm § 125
RN 1f; Larenz AT § 21 I.

kein Rechtsfolgewille zum Ausdruck gebracht, d.h. ein Wille, der auf die Begründung, inhaltliche Änderung oder Beendigung eines privaten Rechtsverhältnisses abzielt¹⁾.

Hier geht es vielmehr um die Frage, ob die evtl. vom Gesetz geforderte Urkundenform durch eine mündliche Erklärung ersetzt werden kann. Unterstellt man nämlich ein Schriftformerfordernis, ist das Attest als Urkunde i.S. von § 416 ZPO zu werten²⁾. Denn das Attest enthält zunächst die schriftliche Verkörperung eines Gedankens, nämlich der Vorstellung des Arztes über die Arbeitsunfähigkeit und deren Dauer. Zum anderen ist das Attest auch Privaturkunde, da es von einem Privaten herührt. Der Arzt als Aussteller, was hier vereinfacht unterstellt werden kann, ist weder eine öffentliche Behörde, d.h. eine Behörde, die durch den erkennbar gewordenen Staatswillen als dauernder Träger staatlicher Hoheitsrechte so anerkannt und eingerichtet ist, daß sie nicht vom Dasein eines einzelnen Beamten abhängt, noch durch staatliche Ermächtigung bestellte Urkundsperson (= mit öffentlichem Glauben versehene Person)³⁾.

2. Lösung aus § 3 LFZG

2.1 Die Wortbedeutung des Begriffs Bescheinigung

Eine gesetzliche Festlegung, die maßgebend wäre,

1) Kramer in MünchKomm RN 18 ff v. § 116; Larenz AT § 19 I.

2) S.a. Schaub § 98 VI 2 S. 531; ArbG Kiel 18.4.1979 BB 79, 1664; die Definition in § 415 ZPO gilt nicht nur für das zivilprozessuale Verfahren, sondern generell (RGSt 42, 233; 71, 101), was auch für § 416 ZPO unterstellt werden kann.

3) BLAH § 415 2 A, B; Wieczorek § 415 RZ C I; Zöller-Stephan § 415 RZ I 2; RGSt 37, 378.

enthält das Gesetz für den Ausdruck nicht.
Es handelt sich auch nicht um einen juristischen Fachausdruck, für den der Sprachgebrauch der Juristen ausschlaggebend wäre.

Entscheidend ist somit der allgemeine Sprachgebrauch. Eine Bescheinigung ist ein Schriftstück, mit dem etwas bescheinigt wird. Bescheinigen heißt schriftlich bestätigen, quittieren¹⁾.

Folgt man also der Wortbedeutung, ergibt sich, daß der Nachweis der Arbeitsunfähigkeit der Schriftform bedarf, eine mündliche Auskunft also nicht genügt²⁾.

2.2 Wortwahl und Vergleich mit der Form der Anzeige

2.2.1 Die Wortwahl

Auch die Wortwahl im Zusammenhang mit dem Begriff Bescheinigung könnte auf das Schriftform-erfordernis hinweisen.

Nach § 3 I 1 2.Hs. LFZG ist die Bescheinigung "nachzureichen", d.h. dem Arbeitgeber zu geben³⁾.

Nach § 3 I 2 LFZG ist die Folgebeseinigung "vorzulegen", also dem Arbeitgeber hinzulegen⁴⁾.

1) Duden, Bd. 10.

2) So auch Schmatz/Fischwasser C 307; Brecht § 3 RN 12; Brill DOK 71, 623, 625; für Schriftform auch Sommer/Schaub AR-Blattei B II 1; Doetsch/Schnabel/Paulsdorff sprechen zwar davon, daß gewisse Formvorschriften bestehen, nehmen aber zu der hier aufgeworfenen Frage nicht Stellung; s.a. Marburger BB 78, 1419 f, dessen Ausführungen mittelbar entnommen werden kann, daß eine Formvorschrift besteht.

3) Duden aaO "reichen".

4) Duden aaO "vorlegen".

Beides spricht dafür, daß es sich bei der Bescheinigung um etwas Gegenständliches handelt.

Nach § 3 I 3 LFZG müssen die Bescheinigungen einen "Vermerk" enthalten, der dahin lautet, daß dem Krankenversicherungsträger eine Bescheinigung "übersandt", d.h. geschickt wird¹⁾. Auch diese Wortwahl weist deutlich auf eine handhabbare Bescheinigung und somit das Schriftformerfordernis hin.

2.2.2 Die Form der Anzeige

Für das Schriftformerfordernis könnte auch die vom Gesetz gewählte Ausdrucksweise im Zusammenhang mit der Erfüllung der Anzeigepflicht sprechen.

Nach § 3 I 1 1.Hs. LFZG muß der Arbeiter seine Arbeitsunfähigkeit "anzeigen". Synonym hierfür ist "mitteilen" und "bekanntmachen"²⁾.

Auch § 3 II 1 LFZG, der die Anzeigepflicht bei Erkrankung im Ausland erweitert³⁾, bedient sich dieses Begriffs.

Und § 3 II 2 LFZG verpflichtet den Arbeiter bei Fortdauer der Arbeitsunfähigkeit, dieses "mitzuteilen", d.h. also den Arbeitgeber darüber zu informieren⁴⁾.

1) Duden aaO "senden".

2) Duden aaO "anzeigen".

3) S. 3. Kapitel 2.1.

4) Duden aaO "mitteilen".

Im Gegensatz zur Ausdruckweise im Zusammenhang mit der Nachweispflicht, sind die im Rahmen der Anzeigepflicht verwandten Worte "anzeigen" und "mitteilen" nicht durch ihre sprachübliche Verwendungsweise auf eine bestimmte Form der Anzeige festgelegt. Sowohl die Anzeige als auch die Mitteilung sind begrifflich mündlich, fernmündlich und schriftlich möglich. Es entspricht deshalb auch allgemeiner Meinung, daß für die Anzeige eine Form nicht vorgeschrieben ist¹⁾.

Daß die im Zusammenhang mit der Anzeigepflicht benutzte Wortwahl im Hinblick auf die Nachweispflicht nicht wiederholt wird, zeigt, daß die Form der Erfüllung der Nachweispflicht nicht dem Arbeiter überlassen werden soll. Vielmehr wurde, wie oben dargelegt, durch den Wechsel des Gesetzeswortlautes das Schriftformerfordernis festgelegt.

2.3 Die 3-Tages-Frist

Der Arbeiter muß nach § 3 I 1 2.Hs. LFZG die Bescheinigung vor Ablauf des dritten Kalendertages nach Beginn der Arbeitsunfähigkeit nachreichen.

Sollte es Sinn und Zweck dieser Frist sein,

1) Schmatz/Fischwasser C 305; 321; Brecht § 3 RN 7; Kehrmann/Pelikan § 3 RN 2; Klages RN 191; Doetsch/Schnabel/Paulsdorff § 3 RN 3; Hessel/Marienhagen S. 82; Sommer/Schaub AR-Blattei aaO A II 1; Röhsler, AR-Blattei aaO V 1 a bb; Marienhagen § 3 RN 3; Kaiser § 3 RN 11; Spix/Papenheim S. 8; Marburger BB 78, 1419; Peter aaO A 203; Jäger § 4 RN 5; Feichtinger I S. 81, II S. 82, Schellong § 3 Anm. 2.

den Postlauf bzw. die Überbringung durch Dritte zu berücksichtigen, wäre der Rückschluß auf das Schriftformerfordernis gerechtfertigt. Denn bei dem durch die Post bzw. einer dritten Person zu Überbringendem könnte es sich nur um ein Schriftstück handeln¹⁾.

Einen Anhaltspunkt für eine Argumentation in diese Richtung enthalten z.B. die Ausführungen von Sommer/Schaub²⁾, die (im Rahmen der Fristberechnung) auffordern, die Tätigkeit der Post zu berücksichtigen. Gleiches gilt für die Ausführungen von Brill³⁾ und Kehrmann/Pelikan⁴⁾ (im Rahmen des § 5 S. 2 LFZG).

2.3.1 Fehlen eingehender Darlegung

Sinn und Zweck der 3-Tages-Frist werden nirgendwo in Literatur und Rechtsprechung direkt angesprochen und näher untersucht. Der Gesetzestext des § 3 LFZG entstammt unverändert den wortgleichen Entwürfen von SPD- und CDU/CSU-Fraktion⁵⁾.

Auch der Bericht des Bundestagsausschusses für Arbeit gibt keinen Hinweis⁶⁾. Gleiches gilt für den vorgelegten Erfahrungsbericht⁷⁾.

1) Daß der Dritte als Bote des Arztes eine mündliche Erklärung überbringt, ist wirklichkeitsfremd.

2) AR-Blattei aaO B I 1 c.

3) DOK 71, 665, 600.

4) § 5 RN 4.

5) BT-Drucksache V/3983 bzw. V/3985.

6) Zu BT-Drucksache V/4285.

7) BT-Drucksache VI/3200.

2.3.2 Anhaltspunkte in Literatur und Rechtsprechung

Es finden sich nur in der Zeit vor Inkrafttreten des LFZG Hinweise auf eine betriebliche Praxis, wonach die Arbeitsunfähigkeit nach drei Tagen nachzuweisen war¹⁾.

Diese von Rechtslehre und Tarifpraxis entwickelten Grundsätze sollen auch dem Gesetzentwurf der Bundesregierung²⁾ zugrunde liegen³⁾.

Diese Argumentationslinie setzt sich fort mit der Behauptung, auch § 3 LFZG folge diesen Grundsätzen⁴⁾ durch Übernahme jener gewohnheitsrechtlichen Praxis⁵⁾.

2.3.3 Stellungnahme

a) Problemaufriß durch das Bundesarbeitsgericht

Das BAG hat⁶⁾ bei der Suche nach einer Lösung für die Frage, wann die Folgebescheinigung vorzulegen ist, Sinn und Zweck der 3-Tages-Frist angesprochen. Es legt dieser Frist drei Gedanken zugrunde.

Einerseits braucht der Arbeiter zur Übersendung ausreichend Zeit.

1) Nikisch aaO S. 620, FN 58; LAG Düsseldorf v. 11.1.1957 DB 57, 432; Krent BB 61, 99, 100; Hessel aaO S. 19; Denecke BB 51, 279; Gumpert BB 62, 1289 mwN; Maus S. 47; Schelp/Trieschmann S. 23.

2) Dem Bundesrat am 7.11.1962 zugeleitet; BR-Drucksache 343/62.

3) Marienhagen BB 62, 1376.

4) Peters aaO A 203.

5) Jäger § 5 RN 2 f; s.a. Göppner S. 193.

6) Urteil v. 29.8.1980 DB 81, 171, 172.

Andererseits erfordern die Interessen des Arbeitgebers alsbaldige Gewißheit.

Als Massenerscheinung bedürfe es aus dem Gedanken der Rechtssicherheit heraus außerdem einer allgemeinen Regelung.

b) Wertung

aa) Die Frist dient den Interessen des Arbeiters

Der Arbeiter muß sich die Bescheinigung, ganz gleich, ob es sich um ein Schriftstück handelt oder eine mündliche Attestierung genügt, bei einem Arzt besorgen (s. (a)) und an seinen Arbeitgeber übermitteln (s. (b)).

(a) Beschaffung der Bescheinigung

Bei der Beschaffung der Bescheinigung ist es möglich, daß der überlastete Arzt den an sein Bett gebundenen Arbeiter erst am zweiten oder dritten Tage der Erkrankung aufsuchen kann.

Daraus darf kein Nachteil für den Arbeiter abgeleitet werden. Hat der Arbeiter den Arzt am Tage der Erkrankung verständigt, kann dieser aber erst am nächsten Tage erscheinen, ist dies dem Arbeiter nicht zurechenbar. Eine Zurechnung ohne Abstellen auf eine Verantwortlichkeit, gestützt lediglich auf eine Sphärentheorie, ist ohne jeden

Anhaltspunkt im Gesetz nicht möglich¹⁾.

Die Frist dient daher im Hinblick auf die Beschaffung des Attestes dem Zweck, Imponderabilien, die sich aus der Person des Arztes ergeben, nicht dem Arbeiter aufzuerlegen. Sie dient also seinen Interessen. Es wäre für den Arbeiter eine unbillige Härte, wenn der Arbeitgeber bereits daraus Konsequenzen ziehen könnte, wenn die Beschaffung der Bescheinigung nicht am ersten Tage der Erkrankung geschieht.

Dieses Ergebnis wird auch durch einen Vergleich mit der Rechtslage vor dem Inkrafttreten des LFZG bestätigt. Begab sich der Arbeiter nicht sofort am ersten Tage der Erkrankung zum Arzt, führte dies zu Karenztagen. Denn § 182 III RVO damaliger Fassung begründete einen Krankengeldanspruch (mit Arbeitgeberzuschuß) erst vom Tage nach der ärztlichen Feststellung an.

Der Anspruch nach § 1 LFZG besteht aber ohne Wartezeit unabhängig von der ärztlichen Feststellung²⁾. Karenztage soll es nicht mehr geben³⁾. Dieses gewollte Ergebnis würde jedoch wieder beseitigt, wenn der Arbeitgeber aus der nicht sofortigen Beschaffung und Vorlage der Bescheinigung

1) Vgl. die Rspr des BGH zu § 645 BGB, zuletzt NJW 81, 391; 82, 1458

2) S. u. I 6 b.

3) Doetsch/Schnabel/Paulsdorff § 1 RN 11; Marienhagen § 1 RN 30; Schmatz/Fischwasser C 155; Brecht § 1 RN 46; Kehrmann/Pelikan § 1 RN 59; Töns C § 1 C IV; Spix/Papenheim S. 6.

gung Konsequenzen im Hinblick auf den Lohnfortzahlungsanspruch ziehen könnte.

(b) Übermittlung der Bescheinigung

Darin kann sich aber der Zweck der 3-Tages-Frist nicht erschöpfen, da dem Arbeiter kraft Gesetzes immer drei Tage Zeit eingeräumt sind, also in allen Fällen das Gesetz eine entsprechende Notwendigkeit bejaht.

Wenn der Arbeiter an das Bett gebunden ist, wird der Arzt in der Regel noch am selben Tag erscheinen. Bei weniger schwerer Erkrankung wird der Arbeiter in den meisten Fällen den Arzt am ersten Tag der Erkrankung in dessen Praxis aufsuchen. Für diese "Normalfälle" kann die Einräumung der Frist nur Bedeutung für den Bereich der Übermittlung haben. Da zudem kein Grund vorhanden ist, dem Arbeiter, der die Bescheinigung selbst überbringen kann, also nicht infolge seiner Krankheit daran gehindert ist, eine Frist einzuräumen - was sollte es rechtfertigen, ihm zuzugestehen, die erhaltene Bescheinigung erst einmal zwei Tage liegen zu lassen - kann die Frist in diesem Zusammenhang nur den Sinn haben, die mit der Einschaltung Dritter evtl. eintretenden Verzögerungen zu berücksichtigen. Der Arbeiter, der infolge Krankheit und/oder Entfernung von der Arbeitsstelle die Bescheinigung nicht am Tage der Erkrankung überbringen kann, muß die Möglichkeit haben, ohne Rechtsbeein-

trächtigung diese in angemessener Zeit mit Hilfe Dritter nachzureichen.

Auch aus diesem Grund dient daher die Einräumung der Frist den Interessen des Arbeiters.

bb) Die Frist berücksichtigt auch die Interessen des Arbeitgebers

Hinsichtlich der Interessen des Arbeitgebers kann auf die Ausführungen¹⁾ über die Informationsfunktion der Bescheinigung für den Arbeitgeber verwiesen werden.

Diese Interessen führen einerseits dazu, die eingeräumte Frist als Höchstfrist anzusehen.

Der Arbeiter muß in der Frist und nicht unbedingt am letzten Tag die Bescheinigung vorlegen²⁾.

Zum anderen begrenzen jene den Fristzeitraum. Es ist dem Arbeitgeber zwar zuzumuten, eine kurze Zeit im Ungewissen zu verbleiben. Seine Interessen gebieten es aber, daß die Zeit der Ungewißheit möglichst begrenzt ist.

cc) Das Erfordernis einer generellen Frist

Die zuletzt aufgeworfenen Fragen der Höchstfrist und einer Begrenzung der Frist führen bereits hin

1) Unter I. 5.2 a).

2) So a. Brecht § 3 RN 10; d.h. aber nicht, daß der Arbeitgeber eine frühere Vorlage verlangen kann; so aber Marienhagen zum Gesetzentwurf 1962 in BB 62, 1376 unter 2 b; dies begegnet aber Bedenken aus § 9 LFZG.

auf das Problem der generellen Frist.

Einerseits wäre es aus allgemeinen Gerechtigkeits-
erwägungen am besten, jeweils im Einzelfall zu be-
stimmen, wielange der Arbeiter zum Beibringen der
Bescheinigung Zeit hat bzw. wielange der Arbeit-
geber zuwarten muß.

Andererseits handelt es sich bei der Arbeitsun-
fähigkeit infolge Krankheit aber um eine Massener-
scheinung¹.

Deshalb, und auch im Interesse der Arbeitsvertrags-
parteien, ist der Ansicht des BAG, daß Rechtsklar-
heit und -sicherheit generelle Regelungen erfordern,
zu folgen. Es muß von vorneherein für Arbeiter
und Arbeitgeber klar sein, bis wann sie handeln
bzw. wielange sie sich gedulden müssen.

Aus all den zu berücksichtigenden Umständen ergibt
sich deshalb, was nochmals festgehalten werden soll,
daß auch die Einräumung einer generellen Frist
und einer immer gleichen Dauer den Interessen des
Arbeiters dient.

Als Gesamtergebnis aber läßt sich feststellen, daß,
wie die nähere Untersuchung ergab, die vom BAG ohne
nähere Begründung vorgenommene Wertung richtig ist.

2.3.4 Rückschluß auf das Schriftformerfordernis

Zu fragen ist nun nach den Auswirkungen dieser Er-

1) S. Einl. 1.

gebnisse auf das Schriftformerfordernis.

Die Berücksichtigung der Interessen des Arbeiters im Hinblick darauf, daß bei der Beschaffung der Bescheinigung ein Zeitverlust eintreten kann¹⁾, ermöglicht keinen Rückschluß auf das Formerfordernis der Bescheinigung. Gleiches gilt für die generelle Festlegung von Frist und Fristdauer.

Anders die Berücksichtigung der Interessen des Arbeiters bei der Übermittlung der Bescheinigung. Wie ausgeführt, kann sich der Arbeiter zum Überbringen des Nachweises eines Dritten bedienen. Überbringen muß jener aber das Ergebnis der ärztlichen Attestierung. Dies spricht augenfällig dafür, daß am Ende der Untersuchung durch den Arzt eine gegenständliche und somit schriftliche Erklärung steht, die der Arbeiter dann durch einen Dritten dem Arbeitgeber zugehen läßt.

D.h. also, daß der Schluß von der eingeräumten Frist auf das Schriftformerfordernis der Bescheinigung gerechtfertigt ist. Daß die Frist auch den Interessen des Arbeitgebers dient, steht diesem Ergebnis nicht entgegen.

3. Verwandte Vorschriften: Einheitlichkeit der Terminologie

Der Begriff Bescheinigung wird in weiteren Normen des LFZG, darüber hinaus auch in anderen Gesetzen verwandt²⁾.

1) S. u. 2.3.3 b) aa) (a).

2) Anders § 5 MuSchG und § 9 BUrlG: ärztliches Zeugnis.

Werden hierdurch Regelungen für den Fall der Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit eines Arbeiters getroffen, könnten Rückschlüsse auf das Formerfordernis gezogen werden.

3.1 Die Vorschriften der §§ 5 und 7 LFZG

§ 5 LFZG nimmt ausdrücklich auf § 3 I LFZG Bezug und wiederholt in diesem Zusammenhang auch den Begriff Bescheinigung¹⁾. Diese Wiederholung zeigt zumindest, daß die Verwendung des Begriffs gewollt war, also daß das, was vom Arbeiter vorgelegt werden muß, eindeutig unter den Begriff Bescheinigung zu subsumieren sein muß.

Gleiches gilt für die Verwendung des Begriffs in § 7 LFZG.

3.2 Die Vorschrift des § 368 II 2 RVO

Diese Norm legt unter anderem fest, daß die Ausstellung von Bescheinigungen, die die Versicherten für den Anspruch auf Fortzahlung des Arbeitsentgeltes benötigen, zur "ärztlichen Behandlung" gehört. Aus § 368 II 1 RVO, der Ausgangsnorm, ergibt sich dann, daß diese Maßnahme von der kassenärztlichen Versorgung umfaßt wird.

3.2.1 Zusammenhang zwischen der Vorschrift des § 3 LFZG und des § 368 II 2 RVO

In der Literatur wird häufig ohne darin ein Problem zu sehen davon ausgegangen, daß der Kassenarzt nach

1) Zu § 5 näher unter Einl. 3.6.

§ 368 II 2 RVO verpflichtet ist, für den Kassenpatienten die ärztlichen Bescheinigungen nach § 3 LFZG auszustellen. Dies bedeutet, daß die in beiden Gesetzen genannten Bescheinigungen als identisch angesehen werden¹⁾. Dieses Ergebnis läßt sich aber auch belegen.

Die Vorschrift des § 368 II 2 RVO lautet in der Fassung vom 20.8.1955²⁾, daß zur ärztlichen Behandlung "auch die Anordnung der Hilfeleistung anderer Personen, die Verordnung von Arznei und Heilmitteln und von Krankenhauspflege sowie die Ausstellung der Bescheinigungen, die die Krankenkassen zur Durchführung ihrer gesetzlichen Aufgaben benötigen" gehören. Das "Gesetz über die Fortzahlung des Arbeitsentgelts im Krankheitsfalle" trat am 1.1.1970 in Kraft. Dieses Gesetz ist jedoch nur ein Teil (Artikel 1) des umfassenderen "Gesetzes über die Fortzahlung des Arbeitsentgelts im Krankheitsfalle und über die Änderungen des Rechts der gesetzlichen Krankenversicherung" vom 27.9.1969³⁾. Dessen Artikel 2 enthält das "Gesetz über Änderungen des Rechts der gesetzlichen Krankenversicherung" (Krankenversicherungsänderungsgesetz). Durch dessen Ziffer 14 erhielt § 368 II 2 RVO die oben (3.2) genannte Fassung.

Aus dieser Entstehungsgeschichte - Einführung des LFZG und gleichzeitige Änderung der diese Materie

1) Schmatz/Fischwasser C 313; Brecht § 3 RN 18; Kehrmann/Pelikan § 3 RN 1; Doetsch/Schnabel/Paulsdorff § 3 RN 11; Brill DOK 71, 623, 625; Sommer/Schaub aaO B I V 2; Röhsler aaO V 2 b; Göppner S. 197; Peters A 205; Marienthagen § 3 RN 8 a; Kaiser § 3 RN 23; Marburger BB 78, 1419, 1420; Schellong § 3 Anm. 3; Feichtinger I S. 88, II S. 89.

2) Art. 1 Nr. 2 Gesetz über Änderungen von Vorschriften des Zweiten Buches der RVO und zur Ergänzung des Sozialgerichtsgesetzes (Gesetz über Kassenarztrecht-GKAR) v. 17.8.1955, BGBl. I S. 513.

3) BGBl. I S. 946.

betreffenden Vorschriften aus dem Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung - ergibt sich, daß mit den Bescheinigungen des § 368 II 2 RVO die Bescheinigungen des § 3 LFZG gemeint sind¹⁾.

3.2.2 Zur Klärung der formellen Voraussetzungen kann auf die Vorschrift des § 368 II 2 RVO abgestellt werden

Aus dem oben erzielten Ergebnis, daß die Bescheinigungen identisch sind, ergibt sich als Folge, daß zur Klärung der formellen Voraussetzungen der Bescheinigungen des § 3 LFZG auf § 368 II 2 RVO zurückgegriffen werden kann, soweit diese Norm hierüber Regelungen enthält.

a) Bescheinigungen

In beiden Gesetzen wird der Begriff Bescheinigungen verwandt. Daraus, daß in zwei verschiedenen Gesetzen, die dieselbe Materie, wenn auch unter verschiedenen Blickwinkeln, regeln, dieselbe Wortwahl getroffen wurde, läßt sich entnehmen, daß das dadurch konstituierte Formerfordernis kein Zufallsprodukt, sondern Ergebnis eines bestimmten Konzepts ist. Die Vorschrift des § 368 II 2 RVO ist gegenüber § 3 LFZG eine ergänzende Vorschrift. Damit ist beabsichtigt, die für die Bescheinigungen iSd § 3 LFZG den Ärzten zu entrichtenden Gebühren den gesetzlichen Krankenkassen aufzuerlegen²⁾. Wenn in einer solchen Ergänzungsvorschrift die ge-

1) S.a. Otten DB 76, 389, 390; Iöns C 207.

2) Iöns C 208.

setzliche Diktion des auszufüllenden Gesetzes wiederholt wird, werden damit zugleich auch die sich aus der Diktion zu ziehenden Folgerungen bestätigt.

Das oben unter 3.1 gewonnene Ergebnis wird somit bestärkt.

b) Wortwahl

Aber auch das gesetzeswörtliche Umfeld in § 368 II 2 RVO bestätigt, ebenso wie das gesetzeswörtliche Umfeld in § 3 LFZG¹⁾, dieses Ergebnis, also das Schriftformerfordernis. § 368 II 2 RVO spricht von der Ausstellung von Bescheinigungen. Ausstellen heißt aber, ein Formular o.ä. (als Unterlage für etwas) ausfüllen und jemandem geben²⁾.

3.3 Die Vorschrift des § 21 BMV-Ä (Bundesmantelvertrag-Ärzte)

Die Vorschrift des § 21 BMV-Ä befaßt sich ebenfalls mit Bescheinigungen über die Arbeitsunfähigkeit.

3.3.1 Der Zusammenhang zwischen § 3 LFZG und § 21 BMV-Ä

Das Rechtsverhältnis zwischen den Krankenkassen und den Kassenärzten wird durch die §§ 368 ff RVO geregelt. Gestützt auf die Zusammenwirkungspflicht des § 368 I 1 RVO und die Vorschriften betreffend das Vertragswesen (§§ 368 I 2, 368 g II, III RVO)

1) 2.2.1.

2) Duden aaO.

haben die Kassenärztliche Bundesvereinigung und die Bundesverbände der Orts-, Betriebs-, Innungs- und landwirtschaftlichen Krankenkassen den BMV-Ä geschlossen¹⁾. Dieser Vertrag ist für alle Kassen-ärzte verbindlich²⁾.

3.3.2 Bestätigung der unter 3.1 und 3.2 gewonnenen Ergebnisse

Die Frage, ob § 21 BMV-Ä auch arbeitsrechtlich von Bedeutung ist, d.h. nicht nur die Beziehungen zwischen dem Arzt und dem Träger der gesetzlichen Krankenversicherung, sondern auch zwischen Arbeitgeber und Arbeiter betrifft³⁾, kann hier offenbleiben. Zumindest läßt sich aus der Aufnahme des sprachlich klaren⁴⁾ Begriffs "Bescheinigung" und der Gestaltung des vertragswörtlichen Umfeldes in § 21 BMV-Ä ("bescheinigt", "ausstellen") der Schluß ziehen, daß die Kassenärztliche Bundesvereinigung, die ja die in das Lohnfortzahlungssystem eingeschalteten Ärzte vertritt, und die Krankenkassen, die die hierdurch anfallenden Kosten zu tragen haben, die im LFZG normierten Erfordernisse, wie auch hier unter 2.1 und 2.2 vorgenommen, interpretieren. Dies wird augenfällig dadurch, daß die Spitzenverbände der Krankenkassen und die Kassenärztliche Bundes-

1) Fassung v. 28.8.1978 (DOK 78, 795).

2) Spix/Papenheim S. 10; Brill DOK 71, 665, 672; Töns C § 3 C V 2; Doetsch/Schnabel/Paulsdorff § 3 RN 11; LAG Hamm 9.3.1971 ECK 1/143 = DB 71, 970; ohne Beschränkung auf Kassenarzt Schmatz/Fischwasser C 315.

3) Otten DB 76, 389, 390; Sommer/Schaub aaO B II 4; Weiland BB 79, 1096, 1098.

4) S. 2.1.

vereinigung eine Vordruckvereinbarung geschlossen haben¹⁾. Dieses Muster wird inzwischen allgemein benutzt²⁾.

Die Übernahme der engen Erfordernisse des LFZG durch zwei in diesem Zusammenhang wichtige Institutionen ist zumindest ein Indiz, daß die oben gewonnenen Ergebnisse richtig sind.

4. Die Stellung des § 3 LFZG im Rechtssystem

4.1 Die These

Es wird die Ansicht vertreten³⁾, daß in § 3 LFZG "eine der entscheidenden Nahtstellen zwischen dem privatrechtlich konstruierten Lohnfortzahlungsanspruch und der notwendigen öffentlich-rechtlichen Mitwirkung der Krankenkasse und Ärzte" deutlich werde. Hierdurch seien gewisse Formvorschriften beim Nachweis des Anspruchs auf Lohnfortzahlung bedingt.

Diese Ansicht entnimmt also der Mitwirkung der gesetzlichen Krankenversicherungsträger die Bedeutung, daß der Nachweis des Lohnfortzahlungsanspruchs einer bestimmten Form bedürfe.

4.2 Die Mitwirkung der Krankenkassen und Ärzte

Bevor die Schlußfolgerung der These überprüft werden

1) DOK 79, 648.

2) Brill WzS 80, 69, 70; derselbe DOK 71, 623, 625; Hessel/Marienhagen S. 85; s. hierzu näher unter VII.

3) Doetsch/Schnabel/Paulsdorff § 3 RN 11.

kann, soll zunächst deren Ausgangspunkt, die Mitwirkung von Krankenkasse und Arzt bei der Ausstellung der Bescheinigung dargestellt werden.

4.2.1 Die Krankenkassen

Die Mitwirkungspflicht der Krankenkassen ist in § 3 LFZG in Abs. 1 S. 3 lediglich indirekt angesprochen. Der Arzt muß die Bescheinigungen mit dem Vermerk ausstellen, daß er dem Träger der gesetzlichen Krankenversicherung eine Bescheinigung über die Arbeitsunfähigkeit mit Angaben über den Befund und die voraussichtliche Dauer (auch Befundbericht genannt)¹⁾ unverzüglich übersendet. Zweck dieser Vorschrift ist es, die zuständige Krankenkasse in die Lage zu versetzen, ihre Pflichten zu erfüllen²⁾. Verpflichtungen der Krankenkassen erwachsen aber nur aus § 369 b RVG³⁾.

4.2.2 Die Ärzte

Die Vorschrift des § 3 LFZG setzt auch das Tätigwerden der Ärzte in mehrfacher Hinsicht voraus, ohne daß entsprechende Verpflichtungen ausgesprochen werden. Die vom Arbeiter vorzulegenden Bescheinigungen müssen ärztliche Bescheinigungen sein. Außerdem müssen diese mit dem unter 4.2.1 genannten Vermerk des Arztes versehen sein.

1) Schatz/Fischwasser C 314

2) Schulte/Mimberg DOK 80, 57, 69; Brill DOK 71, 623 626; Schellong § 3 Anm. 2; Kaiser § 3 RN 21; Peters A 204.

3) Schatz/Fischwasser C 316; Doetsch/Schnabel/Paulsdorff § 3 RN 20 ff; Schulte/Mimberg DOK 80, 57, 69; Brecht § 3 RN 20; Brill DOK 71, 623, 626.

Gesetzliche Verpflichtungen für Ärzte entstehen in diesem Zusammenhang jedoch nur aus § 368 II 2 RVO. Danach sind Kassenärzte verpflichtet, für Kassenpatienten die ärztlichen Bescheinigungen nach § 3 LFZG auszustellen¹⁾. Wendet sich aber der Arbeiter an einen nicht zugelassenen Arzt²⁾, so ist dieser, da nicht Kassenarzt, selbstverständlich durch das Kassenarztrecht nicht zur Ausstellung der entsprechenden Bescheinigungen verpflichtet³⁾.

Der Arbeiter muß dann den Arzt privatrechtlich verpflichten, eine entsprechende Bescheinigung zu erteilen⁴⁾.

Gleiches gilt, wenn ein nicht versicherungspflichtiger Arbeiter eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nach § 3 LFZG benötigt⁵⁾.

In den letzten beiden Fällen, wo es an einer öffentlich-rechtlich begründeten Mitwirkung offensichtlich fehlt, kann die These von der Nahtstelle somit von vorneherein keine Gültigkeit haben.

4.3 Kein Formerfordernis aus der Stellung des § 3 LFZG

Es ist fraglich, ob der Schluß von der Mitwirkung auf eine Form des Nachweises des Lohnfortzahlungs-

1) Zum Verhältnis zwischen § 3 LFZG und § 368 II 2 RVO s.o. 3.2.1; Brecht § 3 RN 18; Schmatz/Fischwasser C 313; Kehrman/Pelikan § 3 RN 11, 12; Brill DOK 71, 623, 625.

2) Zur Zulässigkeit eines solchen Verhaltens s.u. IV 3.1

3) Brecht § 3 RN 18; Schmatz/Fischwasser C 314; Kehrman/Pelikan § 3 RN 12.

4) Statt vieler Brill aaO.

5) Brill aaO.

anspruchs allein darauf gestützt werden kann, daß diese Mitwirkung, da sie ihre Grundlage in der RVO hat, die dem öffentlichen Recht zuzurechnen ist¹⁾, ein Formerfordernis nach sich zieht. Die Gegenthese hierzu wäre, daß sich diese Folgerung nur aus der konkreten Art und Weise der Mitwirkung ergeben kann.

4.3.1 Die Vorschrift des § 369 b RVO bedingt keine Formvorschrift beim Nachweis des Lohnfortzahlungsanspruchs

Nach § 369 b RVO obliegt den Krankenkassen die Pflicht, bei Vorliegen bestimmter Umstände die Verordnung von Versicherungsleistungen nachprüfen zu lassen bzw. die Begutachtung der Arbeitsunfähigkeit durch einen Vertrauensarzt zu veranlassen. Ihnen obliegt daher eine Überwachungsfunktion. Diese Pflichten bestehen auch schon während der ersten 6 Wochen einer Arbeitsunfähigkeit²⁾.

Richtig ist zudem, daß Formvorschriften ausnahmsweise auch den Zweck haben können, eine Nachprüfung zu ermöglichen (Kontrollfunktion)³⁾.

Unabhängig davon, daß in diesen Fällen Rechtsgeschäfte Anknüpfungspunkte sind, gilt hier folgendes:

Grundlage dafür, daß die Krankenkassen die in

1) Die RVO als Abschnitt der Sozialversicherung teilt deren öffentlich-rechtlichen Charakter: Gitter § 4; Bley C I.

2) S. § 369 III RVO; Kehrmann/Pelikan § 3 RN 29; Brecht § 3 RN 20; Schmätz/Fischwasser C 317; Doetsch/Schnabel/Paulsdorff § 3 RN 20.

3) Palandt-Heinrichs § 125 Anm 1a; Förschler in MünchKomm § 125 RN 4; BGH GRUR 67, 676; BGHZ 53, 306, bestätigt in NJW 78, 822.

§ 368 b RVO festgelegten Pflicht erfüllen können, ist nicht die für den Arbeitgeber bestimmte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, sondern der vom Arzt gesondert an die Krankenkassen gesandte Befundbericht (§ 3 I 3 LFZG)¹⁾. Es ist nicht Sache des Arbeitgebers, den Arbeiter bei der Krankenkassen krankzumelden²⁾. Mag man deshalb entsprechend der ersten These der Meinung sein, der Befundbericht bedürfe einer bestimmten Form, so ist damit noch nichts über die Form der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ausgesagt. Dies auch, wenn sie identisch sein sollten, was jedoch nicht der Fall ist, da der Befundbericht eben einen Befund enthalten muß.

Der Schluß von der öffentlich-rechtlichen Mitwirkung auf ein Formerfordernis beim Nachweis des Lohnfortzahlungsanspruchs kann daher nicht gezogen werden.

4.3.2 Die Vorschrift des § 368 II 2 RVO bedingt ebenfalls keine Formvorschriften

Allein dadurch, daß § 368 II 2 RVO die Kassenärzte abstrakt zur Mitwirkung verpflichtet, ergeben sich für den Nachweis des Lohnfortzahlungsanspruchs keine Anforderungen. Es fehlt an jeglicher Verbindungslinie hierfür.

Das bloße Aufgreifen des Begriffs Bescheinigung durch die RVO wurde dagegen bereits oben be-

1) Doetsch/Schnabel/Paulsdorff § 3 RN 15;
Brecht § 3 RN 13 a.E.

2) Sommer/Schaub aaO B I 3.

handelt¹⁾. Dies allein läßt Rückschlüsse auf die Form des Nachweises zu. Also nur der Begriff Bescheinigung als konkrete Darstellung der Art und Weise der Mitwirkung der Ärzte zieht das Formerfordernis nach sich.

4.3.3 Gesamtergebnis

Die Stellung des § 3 LFZG im Rechtssystem ändert daher an dem Ergebnis, also der Notwendigkeit der Schriftform, nichts, steht ihr aber auch nicht entgegen.

5. Sinn und Zweck der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung

Hinsichtlich der unter I. aufgeworfenen Frage, ob das Attest schriftlich, also in Urkundenform, zu erbringen ist oder ob auch eine mündliche Auskunft genügt, ergibt sich bisher folgendes Zwischenergebnis: Während die Stellung des § 3 LFZG im Rechtssystem nichts für die Notwendigkeit der Schriftform ergibt (4.), führt sowohl die Untersuchung des § 3 LFZG selbst (2.) als auch die der verwandten Vorschriften (3.) zu dem Ergebnis, daß die Schriftform erforderlich ist.

Zu prüfen bleibt daher nun, ob sich nicht aus Sinn und Zweck des § 3 I 1 2.Hs. LFZG ergibt, daß unter Bescheinigung auch eine mündliche Auskunft zu verstehen ist.

Um den objektiven Willen des Gesetzgebers zu erfassen, sind alle Auslegungsmethoden erlaubt. Sie

1) 3.2.2

schließen einander nicht aus, sondern ergänzen sich gegenseitig¹⁾.

Ein eindeutiger Wortsinn ist zwar bindend²⁾. Legt jedoch der Gesetzeszweck eine abweichende Auslegung nicht nur nahe, sondern gebietet er sie, darf auch vom unzweideutigen Wortsinn abgewichen werden³⁾.

5.1 Die Frage nach der teleologischen Reduktion als Anknüpfungspunkt

Es ist in der Methodenlehre ganz überwiegend vertretene Auffassung, daß bei einem Widerspruch zwischen Wortlaut und Zweck einer Norm der Zweck der Norm sich gegenüber dem Wortlaut durchsetzt (sog. teleologische Reduktion oder Restriktion)⁴⁾.

Die teleologische Reduktion ist hier jedoch methodisch nicht der richtige Ansatzpunkt. Denn bei ihr geht es darum, die im Gesetz enthaltene, nach ihrem Wortsinn zu weit gefaßte Regel auf den ihr nach dem Regelungszweck zukommenden Anwendungsbereich zurückzuführen⁵⁾. Der Anwendungsbereich der Norm wird also über die durch den möglichen Wortsinn gezogene Grenze hinaus eingeengt.

1) Schmidt-Bleibtreu/Klein Einl 58.

2) BGHZ 46, 76.

3) RGZ 149, 235, 238; BGHZ 1, 176, 184-185; Staudinger-Coing Einl. 140.

4) Larenz, Methodenlehre S. 377 ff; Enneccerus-Nipperdey AT § 59.

5) Larenz aaO.

Hier dagegen geht es darum, ob Sinn und Zweck gebieten, unter Bescheinigung auch das mündliche Attest zu verstehen. Der Anwendungsbereich der Norm soll erweitert werden. Ein solches Ergebnis läßt sich nur im Wege der teleologischen Auslegung gewinnen.

5.2 Sinn und Zweck des § 3 I 1 2.Hs. LFZG im Spiegel der Literatur

Die Sichtung der Literatur ergibt eine Dreiteilung, wobei allerdings innerhalb der so gefundenen Gruppen noch unterschiedliche Nuancierungen bestehen.

5.2.1 Informationsfunktion für den Arbeitgeber

Die eine Gruppe stellt allein¹⁾ oder doch vordergründig²⁾ darauf ab, daß es bei § 3 I LFZG darum geht, den Arbeitgeber über Tatsache und Dauer der Arbeitsunfähigkeit zu informieren.

5.2.2 Beweisfunktion für den Lohnfortzahlungsanspruch

Die genaue Gegenposition meint, daß Zweck der Pflicht des § 3 I 1 2.Hs. LFZG lediglich die Beweisfunktion sei³⁾.

1) Schmatz/Fischwasser C 302.

2) Walter, Arbeitsrecht der Gegenwart Bd. 10. 1972, S. 48.

3) Sieg Anm. zu BAG Urt. v. 27.8.1971 SAE 72, 81 ff; so schon Krent BB 61, 99, 100; Schelp/Irieschmann S. 21 ff; Hessel I S. 19; s.a. Doetsch/Schnabel/Paulsdorff § 3 RN 4 und Brecht § 3 RN 9; Hessel II S. 9; Marburger BB 1978, 1419; Kaiser § 3 RN 14, die ohne nähere Darlegung lediglich die Beweisfunktion erwähnen.

5.2.3 Doppelfunktion

Die dritte Gruppe¹⁾ meint, daß die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung sowohl der Information des Arbeitgebers diene als auch dazu, durch den Arbeiter zweifelsfrei nachzuweisen, daß er ausnahmsweise berechtigt sei, seinem Arbeitsplatz fernzubleiben. Die Ansichten differieren, ob diese Zwecke gleichrangig²⁾ sind oder der erste hinter der zweiten zurücktritt³⁾.

5.3 Stellungnahme

5.3.1 Ausgangsüberlegung

Wäre es Sinn und Zweck der ärztlichen Bescheinigung ebenso wie der Krankmeldung durch den Arbeiter, den Arbeitgeber rasch zu unterrichten, damit der Betriebsablauf möglichst ungestört weitergeht, könnte dies am ehesten dadurch geschehen, daß der Arzt den Arbeitgeber im Anschluß an seine Konsultierung mündlich (telefonisch) informiert.

Jenes müßte sich dahin auswirken, neben dem schriftlichen Attest auch die mündliche Auskunft des Arztes zuzulassen.

5.3.2 Die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung dient der persönlichen Krankmeldung des Arbeiters i.S. einer sicheren Information und dem Nachweis der Arbeitsunfähigkeit

a) Informations-(Bestätigungs-)funktion

1) Brill DOK 71, 665, 666; WzS 80, 69, 71;
Töns C 192, 206, 297.

2) So Brill.

3) So Töns C 297.

aa) Die Objektivierung der subjektiven Krankmeldung

Der Arbeitgeber weiß mit der Krankmeldung des Arbeiters, daß dieser seiner Arbeitspflicht nicht nachkommen kann. Der Arbeiter hat ihm darüber hinaus auch die nach seiner Ansicht voraussichtliche Dauer seiner Arbeitsunfähigkeit mitgeteilt (§ 3 I 1 1.Hs. LFZG).

Der Arbeitgeber muß aber, damit der betriebliche Arbeitsprozeß möglichst störungs- und schadensfrei weiterläuft, sichere Kenntnis insbesondere über die Dauer der Arbeitsunfähigkeit haben. Diese wird ihm jedoch bei Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit der Arbeiter als in der Regel medizinischer Laie nicht verschaffen können.

Diese Aufgabe obliegt vielmehr dem Arzt, dem die Befähigung und Berufung zukommt, Art und Folgen der Krankheit zu erkennen und hierüber einigermaßen sichere Auskunft zu geben. Erst die ärztliche Untersuchung erbringt einen verlässlichen Anhalt über die Erkrankung und ihre Dauer. Deren Ergebnis muß dem Arbeitgeber in dessen berechtigtem Interesse daher zur Kenntnis gebracht werden¹⁾. Der Arbeitgeber benötigt, um den Betriebsablauf festlegen zu können die ärztliche Bestätigung als die objektive Bestätigung der auf subjektiver Wahrnehmung beruhen-

1) So a. Walter aaO S. 48, 49; Brill DOK 71, 665; Jöns C 192; so wohl auch Schmatz/Fischwasser C 302; sie behandeln nur Sinn und Zweck des § 3 I LFZG insgesamt, wobei sie die von ihnen genannte frühzeitige Information der Anzeige-, die zuverlässige Information der Nachweispflicht zuordnen werden.

den persönlichen Krankmeldung¹⁾.

Die durch § 3 I 1 2.Hs. LFZG aufgestellte Pflicht dient somit der Bestätigung der gemäß § 3 I 1 1.Hs. LFZG erfolgten Information des Arbeitgebers. Der Gedanke der Information ist daher nur indirekt angesprochen; mit der Bestätigung durch den Arzt wird der Arbeitgeber nochmals in Kenntnis gesetzt. Daß es aber nicht um die möglichst umgehende Information gehen kann, zeigt bereits die Tatsache, daß das Gesetz dem Arbeiter in § 3 I 1 2.Hs. LFZG drei Tage Zeit gibt, die ärztliche Bescheinigung beizubringen²⁾.

bb) Formale Ableitung

Das Gesetz unterteilt § 3 I 1 LFZG in zwei Halbsätze. In beiden geht es darum, dem Arbeitgeber Kenntnis zu verschaffen über die Arbeitsunfähigkeit des Arbeiters und deren Dauer.

Geht man zurecht davon aus, daß der 1. Hs. der Information dient, muß auch der 2. Hs., da er dieselbe Tatbestandsstruktur aufweist wie der 1. Hs., ebenfalls, zumindest mittelbar, dieser dienen. Die Einschaltung eines Arztes, die Arbeitsunfähigkeit muß auf Krankheit beruhen, zeigt, daß es darum geht, in diesen Informationsprozeß einen kompetenten Dritten einzuschalten. Dies kann nur den Sinn haben, eine bestätigende Information herbeizuführen.

1) Iöns C 206; s.a. HesslSozG DB 81, 1523, das dem Attest für die Krankenkasse die Bedeutung eines medizinischen Gutachtens zuspricht.

2) S.o. 2.3.

Das oben gewonnene Ergebnis kann daher auch einer mehr formalistischen Betrachtung entnommen werden.

Dieses Resultat läßt sich auch unter Bezug auf die Ausdrucksweise des Gesetzes herleiten. Nach der Anzeige der Arbeitsunfähigkeit muß der Arbeiter eine ärztliche Bescheinigung des- selben Inhalts "nachreichen".

b) Nachweis

aa) Die Berechtigung, dem Arbeitsplatz fernzublei- ben, muß nachgewiesen werden

Der Arbeiter schuldet dem Arbeitgeber vertraglich seine Arbeitsleistung. Erbringt er diese, entsteht für ihn der Lohnanspruch.

Umgekehrt stellt die Unterlassung der Arbeit grundsätzlich eine Pflichtverletzung dar, was zum Lohnfortfall führt.

Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Arbeiter ausnahmsweise berechtigt ist, seinem Arbeitsplatz fernzubleiben. Für den Arbeiter ist es daher sehr wichtig, diese im Falle der Krankheit bestehende Berechtigung seinem Arbeitgeber möglichst bald zweifelsfrei nachzuweisen. Denn der Arbeiter muß die Tatsache seiner Erkrankung beweisen. Dies entspricht der allgemeinen Regel über die Verteilung der Beweislast, wonach der Gläubiger die anspruchsb-

1) Löns C 206.

gründenden Tatsachen zu beweisen hat¹⁾.

In der Regel kann der Arbeiter den ihm obliegenden Beweis mit der Vorlage der Bescheinigung erbringen²⁾.

§ 3 I 1 2.Hs. LFZG trifft also auch eine Regelung im Hinblick auf den Lohnfortzahlungsanspruch des Arbeiters³⁾.

bb) Formale Argumentation

Die Überschrift des § 3 LFZG spricht von Anzeige- und Nachweispflicht⁴⁾.

Auch hier spricht also für das gewonnene Ergebnis eine formale Hilfsüberlegung.

In dieselbe Richtung trägt das Argument⁵⁾, daß, soweit es um die Vorlage des Arbeitsunfähigkeitsattestes gehe, § 3 LFZG mit § 34 II VVG vergleichbar sei. Hiernach kann der Versicherer nach dem Eintritt des Versicherungsfalls die Beibringung gewisser Belege verlangen.

Diese Schlußfolgerung ist zwar richtig, aber wohl nur im Rahmen des § 34 I VVG, also zur Feststellung

1) Statt vieler BAG 11.8.1976 BB 76, 1663.

2) BAG aaO; LAG Hamm 2.6.1970 EEK I/145; 9.3.1971 EEK I/143; LAG Baden-Württemberg 18.8.1971 AR-Blattei D Krankheit III A LFZG Entscheidung 7; LAG Saarland 29.4.1974 EEK I/429; LAG Baden-Württemberg 23.4.1975 EEK I/536; LAG Schleswig-Holstein 3.9.1975 EEK I/071.

3) Für diese Argumentation auch Jöns C 192, 297; Brill DOK 71, 666, 667; Krent BB 61, 99, 100.

4) S.a. Jöns C 206.

5) Sieg SAE 72, 81, 82.

des Versicherungsfalles (sprich hier Lohnfortzahlungsfalles) oder des Umfanges der Leistungspflicht¹⁾.

5.3.3 Beide Zwecke sind gleichrangig

Die Vorschrift des § 3 I 1 2.Hs. LFZG dient somit einem doppelten Zweck; einerseits im Hinblick auf die Bedürfnisse des Arbeitgebers, andererseits im Hinblick auf den Lohnfortzahlungsanspruch des Arbeiters.

a) Schutz desselben Interesses

Die wirtschaftlichen Interessen, die die Vertragsparteien mit dem Arbeitsverhältnis verfolgen, sollen geschützt werden, also das beiderseitige Vermögen.

Der Arbeiter muß sich seinen Lohn(fortzahlungs)anspruch sichern, um einen Verdienstentgang und somit eine Vermögenseinbuße zu verhindern.

Ziel des Arbeitgebers ist es, daß durch den krankheitsbedingten Ausfall des Arbeiters keine Störung des Betriebsablaufs eintritt. Denn dies könnte zu Absatzstockungen, Nichteinhaltung von Terminen etc. mit der Folge von Vermögensnachteilen führen. Daß auf Seiten des Arbeitgebers eine größere Vermögenseinbuße eintreten kann, verschiebt den Gleichrang nicht. Dies ergibt sich allein aus der Rollenverteilung innerhalb des Arbeitsverhältnisses und ist Teil des Unternehmerrisikos.

1) S. Brück-Möller, § 34 RN 23, die deutlich auf die Beweiserbringung abstellen; Pröls/Martin, § 34 Anm. 2 D.

Die beiden Zwecke der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung sind somit gleichrangig, da beide demselben Interesse dienen.

b) Die Gegenansicht

aa) Darstellung

Töns¹⁾ meint, daß der Zweck der Information hinter den des Nachweises zurücktrete. Die Dispositionen würden vom Arbeitgeber schon bei der Krankmeldung des Arbeiters getroffen. Eine Differenz der Dauer der Arbeitsunfähigkeit zwischen Anzeige durch den Arbeiter und Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung sei nicht sonderlich von Bedeutung.

bb) Verkenennung der Bedeutung der Bescheinigung

Der Arbeitgeber weiß, daß der Arbeiter über die voraussichtliche Dauer seiner Arbeitsunfähigkeit in der Regel keine hinreichend sichere Auskunft zu geben vermag. Deshalb wird er regelmäßig versuchen, den ungestörten Fortgang des Arbeitsablaufs bis zum Eingang der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung durch vorläufige Dispositionen sicherzustellen (z.B. Umorganisation, Überstunden u.a. im Regelfall innerbetriebliche Maßnahmen). Ergibt sich aus der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung eine längere Zeitdauer als vom Arbeiter angegeben, ist es möglich, daß solche vorläufigen Regelungen nicht mehr ausreichend sind (z.B. innerbetriebliche Maßnahmen reichen nicht mehr aus, der Arbeitgeber muß sich nach einer Ersatzkraft von außen umsehen).

D.h. erst die ärztliche Bescheinigung ermöglicht es dem Arbeitgeber, endgültige Dis-

1) C 297

positionen zu treffen. Die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung hat somit für die vom Arbeitgeber zu ergreifenden Maßnahmen ganz erhebliche Bedeutung. Der von Töns vorgebrachte Einwand gegen die Gleichrangigkeit der verfolgten Zwecke greift somit nicht.

cc) Kein Rückschluß aus der Möglichkeit der Ver-
kennung der Krankheitsdauer durch den Arzt

Man könnte in diesem Zusammenhang auch damit argumentieren, daß es eintreten kann, daß der Arbeiter eher gesunder, als in der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung angegeben (auch der Arzt kann die Krankheitsdauer nicht absolut sicher voraussehen)¹⁾. Anders ausgedrückt, daß auch die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung einen Unsicherheitsfaktor enthält. Der Arbeiter ist unter diesen Umständen verpflichtet, die Arbeit wieder aufzunehmen²⁾.

Das LFZG gibt für diese Argumentation die Antwort selbst. Während sich der Arbeitgeber mit der Krankmeldung des Arbeiters nicht zufriedengeben braucht (der Arbeiter muß eben nach § 3 I 1 2.Hs. LFZG zusätzlich eine ärztliche Bescheinigung beibringen), muß es der Arbeitgeber, jedenfalls nach dem Gesetz, mit dem beigebrachten Attest auf sich beruhen lassen. § 3 LFZG enthält insoweit keine weitere Regelung.

Aus dieser Normgestaltung ist zu entnehmen, daß der Arbeitgeber das Risiko einer falschen Krank-

1) Hierauf weist auch Röhslar AR-Blattei aaO, V 2 b aa hin; s. näher Ferber DOK 80, 918 ff.

2) Statt vieler Schmatz/Fischwasser C 309; Brill DOK 71, 623, 632.

meldung nicht, das Risiko eines falschen ärztlichen Attestes jedoch tragen muß.

Mangels Vergleichbarkeit können deshalb keine negativen Rückschlüsse auf das oben gewonnene Ergebnis der Gleichwertigkeit gezogen werden.

Es bleibt also dabei, daß die Bestätigungs- und Nachweisfunktion gleichrangig sind. Schon deshalb ist die Prämisse der Ausgangsüberlegung erschüttert.

5.3.4 Keine Korrektur der sprachlich-grammatikalischen und systematischen durch die teleologische Auslegung

Der Sinn und Zweck des § 3 I 1 2.Hs. LFZG liegt somit weder allein noch überwiegend darin, den Arbeitgeber möglichst umgehend durch den Arzt zu informieren. Der Gedanke der Information ist nach Meinung des Untersuchenden vielmehr lediglich indirekt in der ersten Funktion des § 3 I 1 2.Hs. LFZG, der Bestätigungsfunktion, enthalten.

Die Information bzw. rasche Kenntniserlangung durch den Arbeitgeber steht somit nicht derart im Vordergrund, daß dadurch das Interesse an der Rechtssicherheit, das in der Einhaltung der Grenze des Wortsinns besteht, zurücktreten müßte. Bei einer derart untergeordneten Bedeutung der reinen Information im Rahmen des § 3 I 1 2.Hs. LFZG liegt eine gegenüber der sprachlich-grammatikalischen Auslegung abweichende Auslegung weder nahe, geschweige denn ist sie geboten. Es besteht daher keine Notwendigkeit, vom klaren Gesetzeswortlaut abzuweichen. "Der Arbeiter hat nach § 3 LFZG eine gesetzlich vorgeschriebene Form des Nachweises" (und der Bestätigung), "die ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung"¹⁾.

1) Weiland BB 79, 1096, 1097

6. Vergleich mit der Rechtslage bei Erschütterung der Beweiskraft der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung

Die allgemeinen Auslegungskriterien führen zu dem Ergebnis, daß der Arbeiter seinem Arbeitgeber eine ärztliche Urkunde übergeben muß. Zu fragen bleibt aber noch, ob sich nicht aus Besonderheiten des Lohnfortzahlungsrechts ein anderes Resultat ergibt.

6.1 Erschütterung der Beweiskraft der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung

Trotz vorgelegter Bescheinigung können Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit des Arbeiters bestehen. Dies kann dazu führen, daß der Bescheinigung kein Beweiswert mehr zukommt. Der Arbeiter kann dann aber versuchen, den Beweis der Arbeitsunfähigkeit auf andere Weise zu führen, z.B. durch Zeugen, die seine Erkrankung bestätigen¹⁾.

Könnte daraus nicht folgender Schluß gezogen werden: Wenn nach Erschütterung der Beweiskraft eine andere Nachweis- und Bestätigungsform möglich ist, sollte dann nicht von vorneherein anstatt des vorgeschriebenen schriftlichen Attestes die mündliche Erklärung des Arztes im Sinne einer Zeugenaussage genügen?

6.2 Nachweispflicht und Lohnfortzahlungsanspruch

Von der Nachweispflicht des § 3 I 1 2.Hs. LFZG deutlich zu unterscheiden ist die im Falle eines Rechtsstreits den Arbeiter nach den allgemeinen Regeln betreffende Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich seiner Forderungen auf Lohnfortzahlung. Die Nichterfüllung der Nachweispflicht berührt einen bestehenden Lohnfortzahlungsanspruch nach § 1 LFZG nicht, oder umgekehrt ausgedrückt, die Erfüllung der Nachweispflicht ist nicht materielle

1) Hierzu statt vieler Schmatz/Fischwasser C 310 ff.

Voraussetzung des Lohnfortzahlungsanspruchs¹⁾.

Dies ergibt sich zum einen daraus, daß Grundlage für den Anspruch auf Lohnfortzahlung die Vorschrift des § 1 I LFZG ist. Anspruchsvoraussetzungen sind hiernach allein, daß der Arbeiter durch unverschuldete Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit an seiner Arbeitsleistung verhindert ist²⁾.

Die Vorschrift des § 3 LFZG selbst enthält auch keinen Hinweis darauf, daß der Lohnfortzahlungsanspruch von der Erfüllung der Nachweispflicht abhängig ist³⁾.

Nach § 1 I LFZG beginnt zudem die Lohnfortzahlung mit Eintritt der Arbeitsunfähigkeit. Die Frist für den Nachweis der Arbeitsunfähigkeit läuft aber erst später ab⁴⁾.

Außerdem gibt § 5 S. 1 LFZG, dessen Nr. 1 ausdrücklich § 3 I LFZG benennt, lediglich ein Leistungsverweigerungsrecht solange dem Arbeitgeber die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nicht vorgelegt wird⁵⁾.

1) Schmatz/Fischwasser C 302, 304; Brecht § 3 RN 4; Brill DOK 71, 665, 666; Iöns C 195; Brill WzS 80, 69, 71; Doetsch/Schnabel/Paulsdorff § 3 RN 8, die klarstellen, daß lediglich für die Geltendmachung die Erfüllung notwendig ist (s.a. ArbG Ludwigshafen ARSt 1971, 3); Kehrmann/Pelikan § 3 RN 1, die ausdrücklich zwischen materiellen Voraussetzungen und Durchsetzung unterscheiden; Sieg SAE 72, 81, 82; Walter aaO S. 48; Marienhagen § 3 RN 1; Peters A 203; Kaiser § 3 RN 3; LAG Hamm 23.3.1971 EEK II/030 = DB 71, 872; Otten DB 76, 389, 390; Hessel/Marienhagen S. 88; BAG 9.4.1960 AP Nr. 12 zu § 63 HGB.

2) S.a. Brecht § 3 RN 4; Brill DOK 71, 665, 666; WzS 80, 69, 71.

3) Iöns C 196.

4) S.a. Iöns C 195.

5) Iöns C 196.

6.3 Ergebnis

Der Vorschrift des § 3 LFZG ist daher unabhängig von der Frage, ob hierdurch unselbständige Nebenpflichten¹⁾ oder Obliegenheiten²⁾ normiert werden, lediglich der Charakter einer Ordnungsvorschrift zuzuschreiben³⁾. Mit der Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich des Lohnfortzahlungsanspruchs besteht daher weder eine materielle Vergleichbarkeit, noch eine solche im Hinblick auf den Regelungscharakter.

Aus der Rechtslage bei Erschütterung der Beweiskraft der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung können daher keine Rückschlüsse auf die Zulässigkeit eines mündlichen Attestes gezogen werden.

Es bleibt daher bei dem Ergebnis, daß der Arbeiter eine ärztliche Urkunde beibringen muß.

1) So LAG Hamm v. 23.3.1971, {EK II/030 = BB 71, 616 = DB 71, 872; Brecht § 3 RN 1; § 5 RN 1; Doetsch/Schnabel/Paulsdorff § 3 RN 9; Hessel/Marienhagen S. 88; Peters aaO A 203; Kaiser § 3 RN 1; Kehrmann/Pelikan § 3 RN 1; Matthes Beilage Nr. 6 zu DB Heft 17/1971 S. 9; Schmatz/Fischwasser C 302; Marienhagen § 3 RN 1; Schaub AR-Handbuch § 53 I 4.

2) Sieg Anm. zu BAG v. 27.8.1971 in SAE 72, 81, 82; damit setzt sich insbesondere Walter aaO auseinander.

3) Brill WzS 80, 69, 71; LAG Baden-Württemberg (Stuttgart) 6.11.1970 EEK I/116 = BB 71, 40 = DB 71, 245.

II. Der Arbeitgeber sieht von dem Schriftformerfordernis ab

Da somit feststeht, daß die Erfüllung der Nachweispflicht schriftförmlich erfolgen muß, könnte die Erfüllung in anderer Form (hier: mündlich) nur dann gleichwertig sein, wenn der Arbeitgeber als Empfänger der Bescheinigung von der Einhaltung des Formerfordernisses absieht und dies zulässig ist.

Dieser Problemkreis wurde, soweit ersichtlich, bisher nirgends angesprochen¹⁾.

Diskutiert wird aber, ob ein Verzicht auf den Nachweis als solchen möglich ist.

Es bietet sich daher an, bei Bejahung der Richtigkeit dieser These, hiervon auszugehen. Kommt man bei der Untersuchung der Frage, ob der Arbeitgeber auf den Nachweis verzichten kann, zu dem Ergebnis, daß dieses zulässig ist, so könnte der Erst-recht-Schluß²⁾ dazu führen, auch den Verzicht auf die Nachweisform für zulässig zu erachten. Zu denken wäre also an das "argumentum a maiore ad minus".

Somit ergibt sich ganz von selbst der Ablauf der weiteren Untersuchung. Es ist zunächst zu fragen, ob das Absehen vom Nachweis zulässig ist (1.), sodann, ob der Erst-recht-Schluß möglich ist oder ihm Hindernisse entgegenstehen (2.). Zum Schluß ist zu untersuchen, unter welchen tatsächlichen Voraussetzungen von einem Absehen gesprochen werden kann (3.).

1) Ob Iöns C 219 dieses Problem erkennt, ist nicht ganz klar; dies gilt auch für Schmatz/Fischwasser C 902 und Hessel II S. 10.

2) Zippelius, Methodenlehre § 11 b.

1. Absehen vom Nachweis

1.1 Verzicht

Eine Übersicht über die Rechtsinstitute des allgemeinen Zivilrechts ergibt, zur rechtlichen Einordnung als erstes zu erwägen, ob das Absehen von dem Nachweis als Verzicht zu werten ist.

1.1.1 Allgemeine Voraussetzungen

Bei einem Verzicht (auf schuldrechtliche Ansprüche) handelt es sich nicht um eine (stets unzulässige) einseitige Verzichtserklärung, sondern um einen gegenseitigen Erlaßvertrag nach § 397 BGB.

Das Schuldrecht, auch der Arbeitsvertrag ist ein schuldrechtlicher Vertrag¹⁾, kennt keinen einseitigen Verzicht auf schuldrechtliche Ansprüche. "Der Verzicht im Schuldrecht ist wesensgleich mit dem Erlaß, daher nur vertraglich möglich"²⁾.

1.1.2 Übertragung auf die Nachweispflicht

Die Nachweispflicht ist zwar keine selbständige Verpflichtung aus dem Arbeitsvertrag. Der Arbeitgeber kann daher die Erfüllung dieser Pflicht nicht losgelöst vom Lohnfortzahlungsanspruch, etwa im Klageweg, erzwingen. Dies ist unabhängig davon, ob man diese Pflicht als unselbständige Neben-

1) Schaub AR.Handbuch § 29 I.

2) Palandt-Heinrichs § 397 Anm. 1 b; s.a. von Feldmann in MünchKomm § 397 RN 1 mWN.

pfl icht oder als Obliegenheit¹⁾ ansieht²⁾.

Es handelt sich hierbei aber um einen schuldrechtlichen Anspruch des Arbeitgebers aus dem Arbeitsverhältnis. Denn durch die Festlegung in § 3 LFZG erfaßt die Nachweispflicht die Arbeitsverhältnisse sämtlicher Arbeiter³⁾.

1.1.3 Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis ergibt sich somit, daß ein Verzicht auf die Nachweispflicht nach allgemeinem Zivilrecht möglich ist⁴⁾.

Zu dem selben Ergebnis kommt Töns anhand einer Interessenwertung⁵⁾. Die Frage, ob diese richtig ist, insbesondere im Hinblick auf Sinn und Zweck der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung⁶⁾, kann hier jedoch offenbleiben, da ein Erlaßvertrag bereits nach allgemeiner zivilrechtlicher Dogmatik möglich ist.

1) S.o. I 5 c.

2) Zur Nichterzwingbarkeit einer Obliegenheit: Palandt-Heinrichs Einl. 4 b vor § 241, einer unselbstständigen Nebenpflicht: Palandt-Heinrichs § 242 Anm. 4 B, aber str., vgl. Stürmer JZ 76, 384; s.a. Brill DOK 71, 665, 666; Schellong § 3 RN 1; Marienhagen § 3 RN 1; Peters Anhang 2.01 A 202 zu § 3 LFZG; Schmatz/Fischwasser C 302.

3) Schmatz/Fischwasser C 302; Brill DOK 71, 623, 624; WzS 80, 69, 71; Töns C 194; LAG Hamm 23.3.1971 EEK II/030; LAG Berlin 5.7.1973 EEK II/065; vgl. a. LAG Frankfurt 9.12.1974 EEK II/061; Sommer/Schaub aaO B 1; a.M. Marienhagen § 3 RN 1; Röhsler V 2 a bb.

4) S.a. Schmatz/Fischwasser C 304; Brill DOK 71, 623, 630; Töns C 219; Doetsch/Schnabel/Paulsdorff § 3 RN 8; Brecht § 3 RN 3; ders. in NWB Fach 26 S. 1661; Kehrmann/Pelikan § 3 RN 1, 3; Kaiser § 3 RN 5; Hessel II S. 10; Peters Anhang 2.01 A 203; Feichtinger I u. II S. 83.

5) Töns C 219.

6, i 4.

1.2 Unabdingbarkeit

1.2.1 Allgemeines zur Unabdingbarkeitsregelung des LFZG

Vereinbarungen, die eine Abweichung von den §§ 1 bis 8 LFZG zuungunsten des Arbeiters darstellen¹⁾, sind nach § 9 LFZG verboten, d.h. nach § 134 BGB nichtig²⁾. Nicht statthaft ist es also auch, die Nebenpflichten, wozu die Anzeige- und Nachweispflichten wohl gehören³⁾, irgendwie zu verschärfen⁴⁾.

Zulässig sind dagegen Vereinbarungen zugunsten der Arbeiter⁵⁾.

1.2.2 Subsumtion

In diese Günstigkeitsbetrachtung ist der Erlaß einzuordnen.

Wenn Arbeitgeber und Arbeiter vereinbaren, daß keine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung beizubringen ist (Erlaßvertrag), dann wird der Arbeiter von der Last des § 3 LFZG im Hinblick auf die Nachweispflicht befreit. Diese Vereinbarung ist daher günstiger als die ent-

1) Ausnahme § 3 III LFZG.

2) Iöns C 350; Brecht § 9 RN 1; Maus S. 64 o.

3) Gleiches gilt aber auch, wenn man sie als Obliegenheiten wertet, s.u. 1.1.2.

4) Iöns C 350; Kehrmann/Pelikan § 9 RN 5; Marienhagen § 9 RN 2.

5) Iöns C 351; Kehrmann/Pelikan § 9 RN 6; Maus S. 64 u.; Doetsch/Schnabel/Paulsdorff § 9 RN 1; Marienhagen § 9 RN 5; Schmatz/Fischwasser C 902; Brecht § 9 RN 9.

sprechende gesetzliche Regelung¹⁾. § 9 LFZG steht daher einem Verzicht nicht entgegen²⁾.

1.3 Ergebnis

Als Gesamtergebnis ist somit festzuhalten, daß ein Verzicht auf den Nachweis rechtlich zulässig ist.

2. Argumentum a maiore ad minus

2.1 Erst-recht-Schluß

Kann der Arbeitgeber auf die Vorlage der ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, was hier die Erfüllung der Nachweispflicht als solche bedeutet, verzichten, dann muß dies mindestens in dem gleichen Maße³⁾ gelten, wenn er zwar ebenfalls auf die Vorlage der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung verzichtet, nicht aber auf den Nachweis und die Bestätigung durch den Arzt als solchen.

Der Arbeitgeber ist berechtigt, von dem Nachweis der Arbeitsunfähigkeit abzusehen, wenn er meint, die Umstände des Falles ließen dies zu⁴⁾. Er ist also in materieller Hinsicht, d.h. hinsichtlich der Pflicht als solcher, dispositiionsbefugt. Dann

1) Die Frage des Vergleichsmaßstabes spielt hier keine Rolle; einerseits Kehrman/Pelikan § 9 RN 7; Marienhagen § 9 RN 4; Röhsler aaO VII, Schmatz/Fischwasser C 901; Brecht § 9 RN 2; andererseits Doetsch/Schnabel/Paulsdorff § 9 RN 1 und wohl auch Maus S. 64 u.

2) So a. Brecht § 9 RN 9; s.a. Kehrman/Pelikan § 9 RN 6; Töns C 351; Schmatz/Fischwasser C 902.

3) Larenz, Methodenlehre S. 375.

4) S.o. 1.

muß er aber auch berechtigt sein, was ihm das Gesetz ja zuspricht, auf den Nachweis zu bestehen, und lediglich von der gesetzlich bestimmten Form des Nachweises abzusehen. Denn hierbei begibt er sich seiner Rechtsposition nicht, sondern macht nur hinsichtlich deren Erfüllung Zugeständnisse. Lediglich im Hinblick auf die formelle Seite verzichtet er auf seine Rechtsstellung. Hierzu ist aber derjenige, der materiell bestimmungsbefugt ist, erst recht berechtigt. Aus dem LFZG ergibt sich kein Anhaltspunkt, daß der Form gegenüber dem Inhalt der Nachweispflicht ein Vorrang eingeräumt wäre, so daß der oben gezogene Schluß gegenüber dem Regelfall hier eine Abweichung finden wäre.

2.2 Die Zulässigkeit des Erst-recht-Schlusses

Dieser, dem Gebot der Gerechtigkeit entspringende Gedanke, ist aber nur vollziehbar, wenn es sich um wertungsmäßig gleichliegende Tatbestände handelt (2.2.1) und eine ungleiche Behandlung weder vom Gesetz (hier: LFZG) angeordnet, noch aus besonderen Gründen gerechtfertigt ist (2.2.2)¹⁾.

2.2.1 Wertungsmäßig gleichliegende Tatbestände

a) Formale Betrachtung

Der Arbeitgeber nimmt sowohl beim Verzicht auf den Nachweis als auch auf die Nachweisform die ihm eingeräumte Rechtsposition nicht in Anspruch. Beide Fälle unterscheiden sich nur dadurch, daß im ersten der Arbeitgeber die Rechtsposition

1) Larenz, Methodenlehre, S. 376.

(§ 3 I 1 2.Hs.LFZG) überhaupt nicht nutzt, im zweiten nur hinsichtlich der Form Zugeständnisse macht, also nur teilweise auf seine Rechte verzichtet. Der Unterschied liegt somit lediglich im Umfang des Verzichts.

b) Materielle Betrachtung

Beide Fälle betreffen die Bestätigung und den Nachweis der subjektiven Krankmeldung des Arbeiters. Der Arbeitgeber verzichtet beide Male auf deren Objektivierung.

Beim Verzicht auf den Nachweis als solchen verlangt der Arbeitgeber überhaupt keine objektive Bestätigung der Mitteilung des Arbeiters. Beim Absehen von der Schriftform der Nachweispflicht verzichtet der Arbeitgeber auf die vom Gesetz bestimmte Objektivierung.

Es besteht somit materiell lediglich ein gradueller Unterschied. Im ersten Falle begibt sich der Arbeitgeber der Objektivierung überhaupt, im zweiten Fall nur der nach dem LFZG bestimmten Art.

c) Ergebnis

Als Ergebnis ist festzuhalten, daß die Tatbestände wertungsmäßig gleichliegend sind.

2.2.2 Ungleichbehandlung kraft Gesetzes oder aus sonstigen Gründen

a) Die Unabdingbarkeitsregelung des LFZG

Als nächstes ist zu untersuchen, ob das LFZG eine ungleiche Behandlung der beiden Fälle gebietet. Aus der Sicht des LFZG können Bedenken gegen die Zulässigkeit des Verzichts auf die Nachweisform genauso wie bei dem Nachweis als solchen nur unter dem Gesichtspunkt des § 9 LFZG erwachsen¹⁾. Für die Untersuchung sind zwei Fälle zu unterscheiden.

- Der Arbeitgeber gibt sich mit der mündlichen Auskunft zufrieden, ohne daß insoweit eine Vereinbarung im voraus getroffen wurde.
- Zwischen den Parteien des Arbeitsverhältnisses wird eine Vereinbarung getroffen, wodurch der Arbeitgeber den Arbeiter bei Vorliegen gewisser Voraussetzungen dazu verpflichtet, eine mündliche Attestierung herbeizuführen.

Untersucht werden soll hier nur der erste Fall, da im zweiten nicht nur eine vertragliche Abweichung vom LFZG gegeben ist²⁾, sondern auch eine Verpflichtung für den Arbeiter begründet wird. Im ersten Falle bleibt es dagegen bei der gesetzlichen Form der Nachweispflicht, die nur im Einzelfall abgeändert werden soll.

1) Dem Verzicht auf den Nachweis steht § 9 LFZG nicht entgegen, siehe unter 1.2.

2) Einl. 3 e.

Nach § 3 I 1 2.Hs. LFZG muß der Arbeiter eine ärztliche Bescheinigung vorlegen. Gibt sich der Arbeitgeber mit der mündlichen (telefonischen) Auskunft des Arztes zufrieden, entfällt für den Arbeiter seine Vorlagepflicht.

Der Verzicht führt hier, ohne daß ein näheres Eingehen auf die Voraussetzungen des § 9 LFZG erforderlich ist¹⁾, ganz offensichtlich auf Seiten des Arbeiters zu einer Vergünstigung. Für ihn entfällt eine Handlungspflicht. Die Lage entspricht der bei Verzicht auf den Nachweis als solchen.

b) Frage nach sonstigen Gründen für Ungleichbehandlung

Da das LFZG somit einem Verzicht auf die Nachweisform nicht entgegensteht, ist zu fragen, ob sich dessen Unzulässigkeit nicht daraus ergibt, daß aus anderen Gründen eine Ungleichbehandlung gegenüber dem Verzicht auf den Nachweis geboten ist.

Anknüpfungspunkt für eine solche Überlegung kann im Rahmen eines Formerfordernisses nur der Gedanke der Rechtssicherheit und -klarheit sein.

Im Verhältnis Arbeiter - Arbeitgeber sollen durch das Schriftformerfordernis zwar auch klare Verhältnisse geschaffen werden. Es steht beiden Vertragsparteien aber frei, auf

1) S. u. 1.2.

die durch die Bescheinigung geschaffene Sicherheit und Klarheit zu verzichten und sich mit der durch die mündliche Übermittlung geschaffenen Lage abzufinden. Denn Belange Dritter werden durch die für den Arbeitgeber bestimmte Bescheinigung nicht berührt. Das Schriftformerfordernis ist also disponibel.

Wie bereits in anderem Zusammenhang erwähnt¹⁾, betrifft die Bescheinigung des § 3 I 1 2.Hs. LFZG allein das Verhältnis Arbeiter-Arbeitgeber. Nur die gesonderte Bescheinigung nach § 3 I 2 LFZG sichert die (öffentlich-rechtliche) Mitwirkung der Krankenkasse. Daraus folgt, daß im Hinblick auf deren Interesse der Gedanke der Rechtssicherheit nicht das Schriftformerfordernis für die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen ergeben kann. Die Krankenkassen sind insoweit außenstehende Dritte. Rechtssicherheit und -klarheit verlangen daher nicht nach dem Ergebnis, daß der Arbeitgeber zwar auf die Nachweispflicht als solche verzichten kann, nicht aber auf die Nachweisform.

2.3 Ergebnis

Als Ergebnis der Überlegungen ist daher festzuhalten, daß der Erst-recht-Schluß von der Zulässigkeit des Verzichts hinsichtlich des Nachweises auf die Zulässigkeit des Verzichts auf die Nachweisform möglich und auch rechtlich zulässig ist.

1) I 3.3 a).

3. Voraussetzungen des Verzichts

3.1 Übersicht über die Arten des Verzichts

Hinsichtlich des Verzichts auf den Nachweis als solchen ist anerkannt, daß der Arbeitgeber generell, etwa in einer Betriebsvereinbarung, durch Tarifvertrag oder Einzelarbeitsvertrag, und im Einzelfall auf die Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung verzichten kann¹⁾.

Zu fragen ist, ob dies auch für den Verzicht auf die gesetzlich bestimmte Nachweis- (und Bestätigungs-)form gilt.

Hier kann jedoch nur der Verzicht im Einzelfall untersucht werden, da allein in diesem Falle die Vorschrift des § 3 I 1 2.Hs. LFZG, also die gesetzliche Regelung, ohne Abänderung bestehen bleibt²⁾.

3.2 Erlaß im Einzelfall

3.2.1 Allgemeines

Der Abschluß des Erlaßvertrages ist formlos wirksam³⁾. Er kann auch durch schlüssige Handlung erfolgen⁴⁾.

Stets gegeben sein muß der Wille zu erlassen,

1) Brecht § 3 RN 3; Kaiser § 3 RN 5; Kehrmann/Pelikan § 3 RN 3; so wohl auch Brill DOK 71, 623, 630 und Iöns C 219; a.M. ohne Begründung Doetsch/Schnabel Paulsdorff § 3 RN 8; s.a. Becher § 3 RN 10.

2) S. Einl. 3 e.

3) Von Feldmann in MünchKomm § 397 RN 2 mwN.

4) Palandt-Heinrichs § 397 Anm. 2.

was Kenntnis der Forderung oder wenigstens der Möglichkeit ihres Bestehens voraussetzt¹⁾.

Erforderlich ist ein unzweideutiges Verhalten, das vom Erklärungsgegner als Aufgabe des Rechts verstanden werden kann²⁾. Es besteht allerdings der Erfahrungssatz, daß ein Rechtsverzicht nicht zu vermuten ist³⁾. Außerdem bedarf der Erlaß als Vertrag der Annahme, die jedoch ebenfalls stillschweigend erfolgen kann⁴⁾.

3.2.2 Übertragung

Die zweite Voraussetzung, die Kenntnis der Forderung, kann wohl bei allen Arbeitgebern unterstellt werden.

Der Abschluß des Erlaßvertrages kann vom Arbeiter ausgehen, wenn als dessen Vertreter der Arzt beim Arbeitgeber anruft und ihm das Ergebnis seiner Diagnose mitteilt. Die Bestellung des Arztes zum Vertreter liegt in der Aufforderung des Arztes, beim Arbeitgeber anzurufen. Gibt sich der Arbeitgeber erkennbar damit zufrieden, ist ein Erlaßvertrag zustandegekommen.

Das Angebot zum Abschluß eines solchen Vertrages kann jedoch auch vom Arbeitgeber erklärt werden. Zu denken ist an den Fall, daß der Arbeitgeber

1) RGZ 135, 265; KG OLGZ 74, 266, MDR 75, 1020.

2) BGH FamRZ 81, 763.

3) RGZ 118, 66, stRspr.

4) RAG HRR 32, 1070.

über die Tatsache der Arbeitsunfähigkeit ohnehin zweifelsfrei unterrichtet ist, z.B. bei einem Arbeitsunfall. Hier kann sich die Verpflichtung des Arbeiters darauf beschränken, eine mündliche Bestätigung des Arztes herbeizuführen und erst bei Überschreitung der hierbei genannten Dauer der Arbeitsunfähigkeit eine Bescheinigung vorzulegen¹⁾.

Es soll aber nochmals darauf hingewiesen werden, daß die bloße Kenntnis des Arbeitgebers vom Arbeitsunfall nicht genügt. Vielmehr muß sich zumindest schlüssig aus dem Verhalten des Arbeitgebers entnehmen lassen, daß er sich mit einer telefonischen Mitteilung zufriedengibt.

Es muß deshalb der Ratschlag von Brill²⁾, den er im Hinblick auf den Verzicht auf die Nachweispflicht gemacht hat, auch hier beachtet werden. Um Zweifel hinsichtlich der Vorlagepflicht auszuschalten, sollte der Verzicht immer ausdrücklich erklärt werden³⁾.

4. Hinweis auf zwei Sonderprobleme

4.1 Wirksamkeit eines Verzichts im Verhältnis zur Krankenkasse

Das Problem eines Verzichts wurde im Rahmen dieser

1) Vgl. zu dem ähnlichen Fall bei Verzicht auf den Nachweis Brill DOK 71, 623, 630; Doetsch/Schnabel/Paulsdorff § 3 RN 8; Kehrmann/Pelikan § 3 RN 3.

2) DOK 71, 623, 630.

3) Den Hinweis auf einen ausdrücklichen Verzicht enthält auch Hessel II S. 10.

Arbeit über die für den Arbeitgeber bestimmten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen nur im Verhältnis Arbeiter - Arbeitgeber untersucht.

Auf das Problem, ob ein solcher Verzicht auch im Verhältnis zur gesetzlichen Krankenkasse wirksam ist, sei hier daher nur hingewiesen¹⁾.

4.2 Verzicht und Leistungsverweigerungsrecht

Wie bereits dargelegt²⁾, hat der Arbeitgeber im Falle der Nichtvorlage der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung grundsätzlich (s. § 5 S. 2 LFZG) das Leistungsverweigerungsrecht aus § 5 S. 1 Nr. 1 LFZG. Im Zusammenhang mit dem Verzicht ist auf folgendes hinzuweisen. Hat der Arbeitgeber auf die Vorlage der Bescheinigung wirksam verzichtet, kann er auch das Leistungsverweigerungsrecht nicht mehr geltend machen. Der Abschluß des Erlaßvertrages führt zum Erlöschen der Forderung aus § 3 I 1 2.Hs. LFZG im Hinblick auf das Schriftformerfordernis. Somit fehlt es in dieser Hinsicht an der Grundlage für die Anwendung des § 5 S. 1 Nr. 1 LFZG. Die Geltendmachung des hierauf gestützten Leistungsverweigerungsrechtes ist somit nicht mehr möglich.

Es ist deshalb nicht notwendig und dogmatisch zumindest zweifelhaft, wenn Schmatz/Fischwasser³⁾

1) Brecht § 3 RN 3; Schmatz/Fischwasser D 023 f; Doetsch/Schnabel/Paulsdorff § 10 RN 8; Schriftlicher Bericht des BT-Ausschusses für Arbeit zu Drucksach V/4285 S. 4; Iöns C 219.

2) Einl. 3.4.

3) C 304.

das Angebot des Arbeitgebers auf Abschluß des Erlaßvertrages als einen Verzicht auf das Leistungsverweigerungsrecht interpretieren.

III. Umfang der Schriftform

Ergebnis der Überlegungen unter I. und II. ist, daß das vom Arbeiter dem Arbeitgeber nachzureichende ärztliche Attest der Schriftform bedarf. Dieses ist daher Urkunde im Sinne des § 416 ZPO. Eine Abweichung von diesem Erfordernis ist nur bei einem "Verzicht" durch den Arbeitgeber möglich.

Die weitere Untersuchung muß sich mit dem Umfang dieses Schriftformerfordernisses beschäftigen.

1. Allgemeines zum Schriftformerfordernis

Im allgemeinen Rechtsverkehr findet man hinsichtlich des Schriftformerfordernisses zwei verschiedene Gestaltungsnotwendigkeiten.

Zum einen kann Schriftform die eigenhändige Abfassung der Urkunde durch den Aussteller selbst bedeuten (Gesamtschriftform).

Zum anderen kann sich das Erfordernis auf die Unterschrift beschränken (Unterschriftenform). Der Text kann also von einem Dritten, mit Schreibmaschine geschrieben, kann vorgedruckt sein; zur Erfüllung der Form ist nur erforderlich, daß die Namensunterschrift von dem Betroffenen selbst herrührt¹⁾.

Nur diese beiden Fallgestaltungen kommen denknotwendig auch für das Schriftformer-

1) Lorenz AT S. 372 f; Krüger-Nieland in BGB-RGRK § 126 RN 18; Jauernig § 126 Anm. 1 b.

fordernis des § 3 I 1 2.Hs. LFZG in Betracht.

2. Das LFZG legt den Umfang des Schriftformerfordernisses nicht fest

Das LFZG legt durch den Begriff Bescheinigung nur das Schriftformerfordernis als solches fest. Es kann insoweit auf die Darstellung unter I. 1. verwiesen werden.

Gleiches gilt für die Normen, die sich ebenfalls mit der Bescheinigung befassen¹⁾.

3. Bestimmung des Umfangs der Schriftform durch andere Vorschriften

Demgegenüber enthält das BGB in § 126 eine Regelung über den Umfang der durch Gesetz vorgeschriebenen Schriftform.

Zu prüfen ist, ob diese Norm auf § 3 I 1 2.Hs. LFZG anwendbar ist und ihre Voraussetzungen vorliegen. Dann könnten die sich aus ihrer Anwendung ergebenden Folgerungen für den Umfang des Schriftformerfordernisses gezogen werden.

3.1 Anwendbarkeit der BGB-Schriftformregel

Die Vorschrift des § 126 BGB gilt unbestritten nicht nur für die Vorschriften im BGB, sondern auch für die gesetzlichen Bestimmungen des Privatrechts außerhalb des BGB, in denen

1) S. unter I 2.

Schriftform verlangt wird¹⁾. § 126 BGB kann daher auch im Arbeitsrecht Wirkungen entfalten²⁾.

Es begegnet somit keinen Bedenken, diese Vorschrift auch auf § 3 I 1 2.Hs. LFZG anzuwenden. Denn die Anzeige- und Nachweispflichten sind, wie bereits ausgeführt³⁾, Inhalt des Arbeitsverhältnisses sämtlicher Arbeiter und teilen somit dessen Privatrechtscharakter. Die Frage, ob § 126 BGB eine über das Privatrecht hinaus gültige Norm darstellt, kann daher in diesem Zusammenhang auf sich beruhen.

3.2 Frage nach den Anwendungsvoraussetzungen

Voraussetzung für die Anwendung ist, daß "durch Gesetz schriftliche Form vorgeschrieben" ist.

Expressis verbis verlangt die Vorschrift des § 3 I 1 2.Hs. LFZG keine schriftliche Form

3.2.1 Die Anforderungen nach BGB und AktG

Auch die Diktion des BGB selbst schreibt nicht immer ausdrücklich die Schriftform vor. Einerseits wird zwar von schriftlicher Erklärung⁴⁾,

1) RGZ 74, 70 ff; Förschler in MünchKomm § 126 RN 2; Palandt-Heinrichs § 126 Anm. 1 will diese Norm sogar auf alle Fälle anwenden, wo das Gesetz Schriftform vorschreibt; s.a. Jauernig § 126 Anm. 1 der darauf hinweist, daß Gesetz iSv § 126 I jede Rechtsnorm (EGBGB 2) des privaten und öffentlichen Rechts ist; so wohl auch Krüger-Nieland in BGB-RGRK § 126 RN 1.

2) Staudinger-Dilcher § 126 RN 12.

3) II. 1.1.

4) § 32 II.

Form¹⁾, Mitteilung²⁾ und schriftlicher Er-
teilung einer Erklärung³⁾ gesprochen. Das
Schriftformerfordernis des § 126 BGB erfaßt
andererseits aber nach allgemeiner Meinung
auch die Vorschriften, in denen vom Aus-
stellen einer Urkunde gesprochen wird⁴⁾.

Hinzuweisen ist auch auf folgendes. Die Vor-
schrift des § 126 BGB gilt auch im Rahmen
des Aktiengesetzes. Nach § 32 I AktG ist der
Gründungsbericht schriftlich zu erstatten,
nach § 166 I AktG gilt dies auch für den
Prüfungsbericht. Das Schriftformerfordernis
wird hier also mit einer ganz bestimmten
Erklärungsform verbunden.

3.2.2 Übertragung auf das LFZG

Die Vorschrift des § 3 I 1 2.Hs. LFZG
verwendet den Begriff Bescheinigung. Als
Wortbedeutung wurde hierfür⁵⁾ ermittelt,
daß es sich um ein Schriftstück handelt,
mit dem etwas bescheinigt wird. Bereits
hiermit kann die Anwendung des § 126 BGB
begründet werden. Denn die Normierung über
den Sinngehalt ist der ausdrücklichen
Normierung gleichzusetzen.

Zudem kann man die dem Arbeitgeber zu über-

1) §§ 81 I, 111 S. 2, 566, 761, 792.

2) § 416 II.

3) §§ 766, 780, 781, 1154.

4) §§ 409, 410, 793.

5) Unter I. 1.1.

mittelnde Bescheinigung als Bericht des Arztes für diesen¹⁾, die Erstellung der Bescheinigung mit dem Ausstellen einer Urkunde²⁾ vergleichen. Beide Ausdruckformen werden auch in Vorschriften verwandt, die unbestritten der Schriftform unterliegen.

Der Anwendung des § 126 BGB auf § 3 I 1 2.Hs. LFZG stehen daher keine Hindernisse entgegen.

3.3 Die Anwendung der Schriftformregel auf die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung

Da § 126 BGB anwendbar ist und seine Voraussetzungen gegeben sind, genügt es, wenn "die Urkunde von dem Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift ... unterzeichnet" wird. Eine eigenhändige Abfassung der Urkunde durch den Aussteller ist nicht erforderlich³⁾.

1) S. §§ 32 I, 155 I AktG.

2) S. §§ 409, 410, 793 BGB.

3) Auf das Erfordernis einer Unterschrift weisen auch, allerdings ohne Begründung, Schmatz/Fischwasser C 308 hin; s.a. Brecht 3/12; Sommer/Schaub aaO B II 1 g; Brill WzS 80, 69, 70 unter II. 5; Klages RN 199; Brill DOK 71, 623, 624.

IV. Der Aussteller der Bescheinigung

Aus der Anwendung des § 126 BGB folgt, daß zunächst eine Urkunde hergestellt werden muß, die dann der Aussteller eigenhändig unterschreiben muß¹⁾. Bevor aber Probleme im Zusammenhang mit der Herstellung der Bescheinigung und der Unterschrift näher untersucht werden können²⁾, muß zunächst die Frage nach dem Aussteller geklärt werden.

1. Allgemein zum Begriff des Ausstellers einer Urkunde

Aussteller einer Urkunde ist der Urheber der schriftlich verkörperten Gedankenäußerung. Dies ist derjenige, der die Erklärung im eigenen Namen (oder als Vertreter für einen anderen) abgibt.

Es handelt sich somit nicht immer um denjenigen, der die Urkunde anfertigt. Aussteller ist auch nicht der, der die Urkunde als Schreibhilfe, rein mechanisch auf Diktat, selbständig aber ohne eigene Willensbeteiligung herstellt³⁾.

Dieser Problemkreis braucht hier aber nicht näher vertieft zu werden, da das LFZG selbst die Person des Ausstellers näher bestimmt hat.

1) Larenz AT S. 372.

2) \.

3) Förschler in MünchKomm § 126 RN 19;
Krüger-Nieland BGB-RGRK § 126 RN 19.

2. Nähere Bestimmung des Ausstellers durch das LFZG

2.1 Der Arzt als Aussteller der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung

Die Fassung des § 3 I 5. 1 2.Hs. LFZG spricht von einer ärztlichen Bescheinigung. Nach § 3 I S. 3 LFZG¹⁾ müssen die Bescheinigungen einen (inhaltlich näher bestimmten) Vermerk des Arztes enthalten.

Die Erstbescheinigung²⁾ muß daher von einem Arzt stammen, d.h. ein Arzt muß deren Aussteller sein³⁾.

2.1.1 Der Begriff des Arztes

Otten⁴⁾ schließt aus der Formulierung "ärztliche Bescheinigung", daß diese nur von einem approbierten Arzt ausgestellt werden könne. Kaiser⁵⁾ stellt auf die Vorschriften der BÄO (Bundesärzteordnung) ab.

"Der Arzt ist eine natürliche Person, die die

1) S. hierzu näher Einl. 3 a.

2) S. Einl. 3 a.

3) Brecht § 3 RN 12; Doetsch/Schnabel/Paulsdorff § 3 RN 10; Röhler AR-Blattei aaO V. 2 b aa; Otten DB 76, 389; Kehrman/Pelikan § 3 RN 8; v.a. Brill BBK 71, 627, 628; Gerke JZ 69, 69, 70 unter II. 1; Sommer/Schaub AR-Blattei aaO, B I. 1 b; etwas anderes meinen wohl Schmatz/Fischwasser C 307, Feichtinger I S. 83, II S. 83, Müller/Schön S. 157, wenn sie darlegen, daß sich aus der Bescheinigung ergeben müsse, daß es sich um das Zeugnis eines Arztes handelt.

4) DB 76, 389.

5) § 3 RN 15.

Heilkunde ausübt und zum Führen der Bezeichnung 'Arzt' gesetzlich berechtigt ist"¹⁾.

Diese Ansichten setzen voraus, daß der Begriff Arzt stets allein in diesem engen Sinn zu verstehen ist.

Die Berufsbezeichnung "Arzt" oder "Ärztin" darf nach § 2 a BÄO²⁾ in Verbindung mit der Approbationsordnung für Ärzte³⁾ nur führen, wer als Arzt approbiert oder nach § 3 II, III oder IV BÄO zur vorübergehenden Ausübung des ärztlichen Berufs befugt ist⁴⁾.

Der Gesetzgeber hat somit den Begriff Arzt eindeutig umrissen. Es ist nicht ersichtlich, daß der genau festgelegte Begriff im Rahmen des § 3 LFZG in einem anderen Sinne verstanden werden soll. Der Arbeiter will mit der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung den Nachweis seiner Erkrankung führen. Der Arbeitgeber benötigt diese zu seiner sicheren Information⁵⁾. Außerdem handelt es sich um eine Massenerscheinung⁶⁾. Alle drei Gesichtspunkte verlangen danach, daß der Personenkreis des in das Bescheinigungsverfahren eingeschalteten Dritten eindeutig bestimmt ist. Denn Zweifel hieran würden das Verfahren unnötig mit Streitfällen belasten.

1) Peters aaO § 368 Anm. 4 b.

2) IdF vom 14.10.1977 (BGBI I S. 1885).

3) Vom 28.10.1970 (BGBI I S. 1458) mit Änderung vom 21.9.1975 (BGBI I S. 1257), 24.2.1978 (BGBI I S. 312), 3.4.1979 (BGBI I S. 405, 609) und vom 15.7.1981 (BGBI I S. 660).

4) Krauskopf § 122 Anm. 1.1, § 368 Anm. 1; Hoernigk/Romann/Schroeter § 368 Anm. 3; Peters § 368 Anm. 4 b.

5) I 4.3 b.

6) Einl. 1.

Diesem Verlangen wurde durch die Verwendung des klar definierten Begriffs Arzt Rechnung getragen. Ein Abweichen hiervon verbietet sich deshalb als nicht den Interessen der Beteiligten entsprechend. Der Arbeiter muß wissen, an wen er sich wenden muß. Der Arbeitgeber muß leicht feststellen können, ob der Aussteller hierzu kraft Gesetzes befugt ist¹⁾.

Für die Übernahme der Begriffsdeutung nach der BÄO spricht auch der Gedanke der Einheit der Terminologie²⁾.

Die Aussage der Literaturstimmen ist daher bei Berücksichtigung des § 2 II, III und IV BÄO richtig³⁾.

2.1.2 Andere kundige Personen

a) Keine Befugnis zum Ausstellen

Da der in § 3 LFZG verwandte Begriff Arzt im Sinne der BÄO zu verstehen ist, können nur solche Personen, die die dort genannten Voraussetzungen erfüllen, Aussteller von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen im Sinne des LFZG sein. Andere Personen, mögen sie auch dieselbe Sachkunde besitzen, können nicht Aussteller einer solchen Bescheinigung sein. Daher entsprechen Bescheinigungen von

1) Zum Problem der Erkennbarkeit unter VI.; für dieses Ergebnis auch, allerdings ohne Begründung Sommer/Schaub AR-Blattei aaO, B I 1 b; Brill DOK 71, 623, 624 unter 2.

2) S. Zippelius, Methodenlehre § 10 a.

3) S.a. § 277 StGB: Arzt oder andere approbierte Medizinalperson. •

Heilpraktikern, Masseuren, Krankengymnastinnen etc. nicht den Anforderungen des LFZG. Bescheinigungen solcher Personen sind keine im Sinne des LFZG¹⁾.

b) Keine Ausnahmen

Sommer/Schaub²⁾ wollen Ausnahmen zulassen bei Unerreichbarkeit eines Arztes oder Unverhältnismäßigkeit der Kosten.

aa) Unerreichbarkeit des Arztes

Die Frage der Erreichbarkeit eines Arztes hat im LFZG durch die Einführung der 3-Tages-Frist für die Vorlage der Bescheinigung eine Regelung gefunden. Diese soll (auch)³⁾ möglichen Unwägbarkeiten für den Arbeiter bei der Beschaffung der Bescheinigung Rechnung tragen. Sie ist aber zur Berücksichtigung der daneben zu beachtenden Interessen des Arbeitgebers begrenzt⁴⁾. D.h., daß die Nichterreichbarkeit des Arztes bis zu drei Tagen nach Beginn der Arbeitsunfähigkeit unerheblich ist. Erst ab dem vierten Tage macht sich diese für den Arbeiter negativ bemerkbar, wenn der Arbeitgeber nun die Lohnfortzahlung verweigert. Durch die Aufnahme der Frist in § 3 I 1 2.Hs. LFZG zeigt das Gesetz,

1) S.a. Sommer/Schaub Ar-Blattei aa0, B I. 1 b; Brill DOK 71, 623, 624 unter 2.; Kaiser § 3 RN 15; Otten DB 76, 389.

2) aa0.

3) S. unter I. 1.2.3 b) aa) (a).

4) S. unter I. 1.2.3 b) bb .

daß immer die Bescheinigung eines Arztes vorgelegt werden muß. Denn auch nach Ablauf der 3-Tages-Frist läßt es insoweit keine Erleichterung zu¹⁾. Es hat also die Frage der Nichterreichbarkeit erkannt und vollständig geregelt. Mangels Regelungslücke wie auch mangels Fehlen einer nicht abschließenden Regelung ist daher für eine ergänzende Gesetzesauslegung kein Raum. Für den zuerst genannten Ausnahmefall kann daher der Ansicht von Sommer/Schaub nicht gefolgt werden. ✓

bb) Unverhältnismäßigkeit der Kosten

Die Kosten für die Vorlage der Bescheinigung hat, da dies seine Verpflichtung ist, der Arbeiter zu tragen. Da dieser jedoch regelmäßig in der gesetzlichen Krankenversicherung pflichtversichert ist und auch einen Kassenarzt in Anspruch nehmen wird, ist die Ausstellung nach § 368 II RVO kostenlos²⁾. Dies gilt auch, wenn der Arbeiter freiwillig versichert³⁾, familienversichert⁴⁾ oder als Rentner versichert ist⁵⁾.

Kosten entstehen somit für den Arbeiter nur,

1) Die Nachweispflicht besteht auch nach Ablauf der 3-Tages-Frist: Iöns C 205 f.

2) Schmatz/Fischwasser C 307, Becher § 3 RN 16; Brecht § 3 RN 15; Kaiser § 3 Anm. 23; Brill DOK 71, 623, 628; Kehrmann/Pelikan § 3 RN 11; Peters aaO A 205.

3) §§ 176, 313 RVO.

4) § 205 RVO.

5) § 165 I Nr. 3 RVO.

wenn er nicht Mitglied der gesetzlichen Krankenversicherung ist oder einen Nichtkassenarzt konsultiert, es sei denn, es läge ein Notfall vor¹⁾. Unabhängig davon, daß beides in der Praxis sehr selten Bedeutung gewinnen wird, ist doch fraglich, ob die Kostenfrage in diesem Zusammenhang überhaupt eine Rolle spielen kann.

Der zuletzt genannte Fall scheidet hierbei von vorneherein aus der Betrachtung aus. Untersuchungsgegenstand ist hier die Frage, ob die Bescheinigung eines Nichtarztes den Anforderungen des § 3 I 1 2.Hs. LFZG genügt. In dem Ausnahmefall der Konsultierung eines Nichtkassenarztes wird jedoch die Bescheinigung eines Arztes vorgelegt, der nur nicht an der kassenärztlichen Versorgung beteiligt ist.

Im zuerst genannten Ausnahmefall fällt die Frage der Kostentragung allein in den Verantwortungsbereich des Arbeiters. Er ist aufgrund der Vorlagepflicht zur Kostentragung verpflichtet. Ihm allein obliegt es daher, sich gegen die Nichttragung durch die gesetzliche Krankenversicherung abzusichern. Ist er nicht Mitglied der gesetzlichen Krankenversicherung muß er eben entweder das Kostenrisiko tragen oder sich privat versichern. Es ist nicht

1) §§ 368 d I, 368 f V RVO; s.a. Kehrmann/Pelikan § 3 RN 11; Schmatz/Fischwasser C 314, 315.

ersichtlich, warum er von der Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung befreit sein sollte, nur weil er keine entsprechende Vorsorge getroffen hat.

Auch der zweite von Sommer/Schaub genannte Ausnahmefall, daß das Hinzuziehen des Arztes unverhältnismäßig hohe Kosten verursachen würde, kann daher nicht anerkannt werden.

cc) Ärztliche Bescheinigung und Treu und Glauben

Mißverständlich ist auch die Argumentation von Sommer/Schaub¹⁾, wenn sie ausführen, daß die Erforderlichkeit einer ärztlichen Bescheinigung dann nach § 242 BGB entfällt, wenn bei unmöglicher oder Überobligationsmäßig schwieriger Hinzuziehung eines Arztes eine andere Nachweisform zur Verfügung steht. Wie bereits ausgeführt²⁾ kann der Arbeitgeber die Vorlage einer Bescheinigung im Sinne des § 3 LFZG nicht selbstständig erzwingen. D.h. aber auch, daß er bei Vorlage einer Bescheinigung eines Heilpraktikers nicht die Herbeischaffung eines ärztlichen Attestes verlangen kann. Dem Arbeiter braucht daher keine Hilfe über § 242 BGB gegeben zu werden.

Zudem sei nochmals³⁾ auf den Unterschied zwischen Nachweispflicht und Darlegungs- und Beweislast

1) AaO B I. 1. b).

2) II 1.1.

3) I. 5 b).

verweisen. Der Arbeiter kann dieser Last auch in anderer Weise als durch eine Bescheinigung gerecht werden.

c) Ergebnis; Rechtsfolgen bei Ausstellung durch Nichtarzt

Es bleibt daher dabei, daß es sich bei der Bescheinigung des § 3 I 1 2.Hs. LFZG um die eines approbierten Arztes handeln muß. Dies gilt ohne Ausnahme.

Erfüllt der Aussteller diese Voraussetzungen nicht, ist die von ihm stammende Bescheinigung keine im Sinne des § 3 I 1 2.Hs. LFZG.

2.1.3 Der Zahnarzt als Aussteller der Bescheinigung

a) Die Frage nach der Ausstellungsbefugnis

aa) Der Wortlaut des § 3 I 1 2.Hs. LFZG

Nach der Vorschrift des § 3 I 1 2.Hs. LFZG muß der Arbeiter eine ärztliche Bescheinigung vorlegen. Aussteller kann daher auch ein Zahnarzt sein. Das Gesetz stellt nur auf den Status des Arztes ab, ohne zwischen einzelnen Fachgebieten der medizinischen Wissenschaft zu unterscheiden. Es kann deshalb neben dem praktischen Arzt jeder Facharzt und auch jeder Zahnarzt Bescheinigungen im Sinne des § 3 I LFZG ausstellen.

bb) Übereinstimmung mit sonstigen Normen und
Vereinbarungen aus dem hier betroffenen
Regelungsbereich

Die Bescheinigungen nach § 3 I LFZG sind identisch mit denjenigen, auf die sich die Regelung des § 368 II 2 RVO bezieht¹⁾. Nach § 368 I 4 RVO gelten die in den §§ 368 ff RVO enthaltenen Vorschriften, die sich auf Ärzte beziehen, für Zahnärzte entsprechend. Somit gehört auch zur zahnärztlichen Behandlung die Ausstellung solcher Bescheinigungen. Diese Gleichbehandlung von Arzt und Zahnarzt im Rahmen des Kassenarztrechts kann zumindest als Anhaltspunkt auch für Zweifelsfälle im Bereich des Lohnfortzahlungsrechts genommen werden. Ob ein direkter Austausch zwischen § 3 I LFZG und § 368 I 4 RVO über die Bingleieder der §§ 368 II 2 und 368 II 1 RVO erfolgt²⁾, kann hier offenbleiben, da bereits der Wortlaut des § 3 I LFZG eine Einbeziehung der Zahnärzte ermöglicht³⁾.

Zudem sei nochmals an die Beziehung zwischen § 21 BMV-Ä und § 3 LFZG erinnert⁴⁾. Im hier zu untersuchenden Zusammenhang ist wichtig zu wissen, daß die Bestimmungen im BMV-Z hinsichtlich der Arbeitsunfähigkeitsbe-

1) S. unter I. 2.2 a).

2) So ohne nähere Begründung Jöns C 212; Brill DOK 71, 623, 624; WzS 80, 69, 70 FN 3.

3) S. aa).

4) S. unter I. 2.3.

scheinigungen mit denen im BMV-Ä übereinstimmen¹⁾. Auch hieraus kann wie oben bei § 368 I 4 RVO zumindest ein Hinweis für das LFZG gewonnen werden²⁾.

cc) Übereinstimmung mit Sinn und Zweck

Dieses aus der Betrachtung des Wortlautes und von Normen und Vereinbarungen, die sich ebenfalls mit der Bescheinigung befassen, gewonnene Ergebnis, deckt sich auch mit Sinn und Zweck der Einschaltung eines Arztes.

Es genügt nicht, daß der Arbeiter sich beim Arbeitgeber krankmeldet. In das Zweipersonenverhältnis wird als "Sicherheitsfaktor" im Interesse des Arbeitgebers (Bestätigungsfunktion)³⁾ und des Arbeiters (Nachweisfunktion)⁴⁾ eine dritte Person eingeschaltet. Diese soll, allein gestützt auf ihre Fachkenntnisse, die Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit bescheinigen. Da eine solche ihren Ausgangspunkt auch im Bereich der Zähne haben kann, ist aufgrund seiner speziellen Kenntnisse der Zahnarzt der aus dem medizinischen Stand hierfür am besten geeignete Fachmann.

Es unterliegt daher keinem Zweifel, daß auch

1) S. einerseits § 21 BMV-Ä gem. § 368 g III RVO v. 28.8.1978, gültig ab 1.7.1978, andererseits § 12 BMV-Z gem. § 368 g III RVO, gültig ab 1.6., in einigen Bestimmungen ab 1.7.1962 idF der Änderungsvereinbarung v. 3.10.1980, in Kraft getreten am 1.1.1981.

2) Für eine direkte Übertragung, allerdings ohne Begründung Iöns C 212.

3) I. 4.3 b) aa).

4) I. 4.3 b) bb).

ein Zahnarzt Aussteller einer Bescheinigung
im Sinne des § 3 I LFZG sein kann.

b) Die Frage nach den Voraussetzungen für die
Ausübung des Berufs des Zahnarztes

"Zahnarzt ist die natürliche Person, die die
Zahnheilkunde ausübt und eine Bestallung als
solcher erhalten hat"¹⁾.

Die Voraussetzungen für die Ausübung des Be-
rufs des Zahnarztes und Dentisten ergeben sich
aus dem Gesetz über die Zahnheilkunde vom
31.3.1952²⁾.

Im übrigen gilt das unter 2.1.1 und 2.1.2
ausgeführte entsprechend.

2.1.4 Der Problembereich der behördlichen Billigung

a) Die möglichen Fallgestaltungen

Im Hinblick auf die in der Regel³⁾ notwendige
Approbation bzw. Erlaubnis sind zwei Fehler-
quellen denkbar.

Zum einen kann jemand die behördliche (§ 12 BÄO)
Bestätigung erhalten, ohne daß die Voraussetzungen
für die Erteilung (§§ 3 f bzw. 10 BÄO) vorliegen.
Zum anderen ist denkbar, daß jemand keine Billigung

1) Peters § 368 Anm. 4 c.

2) BGBI I S. 221, zuletzt geändert durch das
Gesetz vom 22.12.1981 (BGBI I S. 1568); s.a.
Krauskopf § 368 Anm. 1, § 122 Anm. 1.2;
Peters § 368 Anm. 4 C; Hoernigk/Romann/
Schroeter § 368 Anm. 3.

3) Die Ausnahmefälle des § 3 II, III und IV BÄO
wurden bereits erwähnt.

besitzt oder zwar einmal erhielt, diese aber zurückgenommen, widerrufen (§ 5 BÄO) oder ihr Ruhen angeordnet (§ 6 BÄO) wurde.

b) Ärztliche Bescheinigung und fehlerhafte bzw. fehlende oder unwirksame Billigung

aa) Fehlerhafte Billigung

Der (begünstigende) Verwaltungsakt der staatlichen Billigung behält seine Wirksamkeit bis zum Eintritt eines der in § 43 II VwVfG genannten bzw. vergleichbarer Umstände. Denn daß das Fehlen der Voraussetzungen zur Nichtigkeit führt, mit der Folge der Unwirksamkeit sowohl für den Adressaten wie auch für Dritte¹⁾, ist für den Regelfall nicht ersichtlich²⁾. Diese öffentlich-rechtliche Wertung gilt auch im Rahmen der zivilrechtlichen Lohnfortzahlung (Gedanke der Einheit der Rechtsordnung).

Wird somit die behördliche Billigung entgegen ihren Voraussetzungen erteilt, liegt, wenn deren Empfänger eine Bescheinigung ausstellt, eine solche im Sinne des § 3 I 1 2.Hs. LFZG vor.

bb) Fehlende oder unwirksame Billigung

Bei dieser Fallgestaltung der nicht erteilten,

1) §§ 4, 43 III VwVfG; Kopp VwVfG § 43 RN 20.

2) S. unter bb).

zwar erteilten, aber mit Nichtigkeitsfehlern¹⁾ behafteten oder wieder entzogenen Billigung ergibt sich die Lösung aus dem oben²⁾ ausgeführten Gesichtspunkten. Der Aussteller ist hier nicht Adressat eines Verwaltungsaktes. Sei es, daß dieser nie erging, wieder beseitigt wurde oder von vorneherein unwirksam war.

In diesen Fällen ist der Empfänger mangels staatlicher Billigung kein Arzt im Sinne der BÄO. Von ihm ausgestellte Bescheinigungen sind daher keine im Sinne des § 3 I 1 2.Hs. LFZG.

cc) Auswirkungen

Die Vorschrift des § 3 LFZG hat kein Regulativ eingebaut. Sie regelt die Ausstellungsbefugnis ohne Rücksicht auf Kenntnis und Verantwortung des Arbeiters.

Dies begegnet jedoch keinen Bedenken, da in dieser Norm lediglich Anzeige- und Nachweispflicht als solche normiert werden. Über die Folgen einer Nichterfüllung dieser Pflichten wird an anderer Stelle entschieden³⁾.

1) S. unter aa).

2) Unter aa).

3) In diesem Zusammenhang sei auf § 5 S. 2 LFZG verwiesen.

2.2 Der behandelnde Arzt als Aussteller der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung

Das LFZG bestimmt die Person des Ausstellers über die Festlegung hinaus, daß es sich hierbei um einen Arzt handeln muß, dadurch näher, daß es verlangt, daß die Bescheinigung vom behandelnden Arzt stammen muß¹⁾.

Vom behandelnden Arzt spricht das LFZG zwar nur in der Vorschrift des § 3 I 3. Wie aber noch näher auszuführen ist²⁾, ergänzt diese Vorschrift die Norm des § 3 I 1 und 2 LFZG. Da also § 3 I 3 LFZG auf § 3 I 1 (und 2) LFZG Anwendung findet, gilt das dort niedergelegte zusätzliche Bestimmungsmerkmal für den ausstellenden Arzt auch für die Erstbescheinigung³⁾.

Somit ist nicht nur der Personenkreis, sondern auch die konkrete Einzelperson des Ausstellers durch das LFZG festgelegt⁴⁾.

2.2.1 Der Begriff der Behandlung

a) Keine Bestimmung des Begriffs durch das LFZG

Das LFZG selbst erläutert diesen Begriff nicht.

1) Röhslar AR-Blattei aaO V 2 b) aa); Otten DB 76, 389; Brill WzS 80, 69, 70; derselbe DOK 71, 623, 624; Hessel II S. 11; Brecht § 3 RN 3; Doetsch/Schnabel/Paulsdorff § 3 RN 10; Peters A 203; Kehrmann/Pelikan § 3 RN 9; Schmatz/Fischwasser C 307.

2) B III.

3) Für die Ableitung aus § 3 I 3 LFZG, aber ohne Begründung: Otten aaO; Brill aaO.

4) Otten aaO.

Zur Klärung trägt auch die Auffassung nichts bei, daß behandelnder Arzt der sei, dessen Patient der Arbeiter sei oder gewesen sei¹⁾. Denn der Begriff Patient meint den Kranken, insbesondere im Hinblick darauf, daß er sich in ärztlicher Behandlung befindet²⁾. Die Einführung des Begriffs Patient hilft daher nicht weiter.

Nur im Rahmen der Frage, welche Pflichten aus einem Arztvertrag erwachsen, ist geklärt, daß der Arzt diagnostizieren muß und versuchen muß, in angemessener Weise zu therapieren³⁾.

b) Klärung des Begriffs mit Hilfe der RVO

Eine eindeutige Klärung des Begriffs findet sich im Bereich der RVO. Dort wird dieser in § 368 II 1 RVO verwandt. Als Erläuterung hierzu findet man, daß zur ärztlichen Behandlung Diagnose und Therapie gehören, also die Maßnahmen zur Feststellung und zur Heilung bzw. Linderung einer Krankheit⁴⁾.

Auf die enge Verbindung zwischen § 368 II 2 RVO und § 3 LFZG wurde bereits⁵⁾ hingewiesen. Die von beiden Vorschriften erfaßte (identische) Bescheinigung unterfällt einerseits der ärztlichen Behandlung im Sinne des § 368 II 1 RVO und muß (§ 3 I 3 LFZG und oben) andererseits vom be-

1) Otten DB 76, 389; Schmatz/Fischwasser C 307.

2) Duden Fremdwörterbuch.

3) aufs 887 P. 28.

4) Krauskopf § 368 Anm. 4.1; Hoeringk/Romann/Schroeter § 368 Anm. 5; Peters § 182 Anm. 4 a.

5) S. unter I. 2.2.

handelnden Arzt stammen. Es besteht somit eine Verbindungslinie, die es erlaubt, das zu § 368 II 1 RVO gewonnene Ergebnis auf § 3 I 3 LFZG zu übertragen.

Hinzuweisen ist noch, daß damit das bereits in verschiedenen Krankenkassenbereichen angewandte sog. Hausarztverfahren auch in das Lohnfortzahlungsrecht übernommen wurde¹⁾.

Die Auslegung des Begriffs ärztliche Behandlung im Sinne des § 368 II 1 RVO kann somit auch zur Auslegung des Begriffs behandelnder Arzt im Sinne des § 3 I LFZG herangezogen werden.

Zum einen ist eine direkte Übertragung der gewonnenen Erkenntnis möglich, zum anderen entspricht dies auch verwandten Regelungsformen.

- c) Übereinstimmung dieses Ergebnisses mit dem allgemeinen Sprachgebrauch und Sinn und Zweck der Behandlung als Voraussetzung der Ausstellungsbefugnis

aa) Der allgemeine Sprachgebrauch

Die Zweischichtigkeit des Begriffs Behandlung entspricht auch dem allgemeinen Sprachgebrauch. Denn "behandeln" kann auch im Sinne von "durch ein bestimmtes Verfahren zu heilen suchen"²⁾ umschrieben werden. Dem Erfolg, der Heilung,

1) Brill DOK 71, 623, 624; Marienhagen § 3 RN 8 a; Doetsch/Schnabel/Paulsdorff § 3 RN 10; Kehrmann/Pelikan § 3 RN 8; Schriftlicher Bericht des BT-Ausschusses für Arbeit (zu Drucksache V/4285) S. 7.

2) Duden Bedeutungswörterbuch.

gehen aber begriffenotwendig Heilungsmaßnahmen voraus, deren Verordnung macht es jedenfalls im Normalfall notwendig, daß der Arzt sich zunächst um eine Klärung der Ursachen bemüht.

ob, Sinn und Zweck der Einführung des "Hausarztverfahrens"

Zwar wurde das Verfahren der Vorladung zum vertrauensärztlichen Dienst (Vorladungsverfahren) durch die Einbeziehung des behandelnden Arztes (Hausarztverfahren) abgeändert. Dies geschah auch nicht nur, um den Vertrauensärztlichen Dienst zu entlasten, sondern auch, um das Verhältnis des Arbeiters zum behandelnden Arzt zu stärken^{1/}.

Auch wenn diese Gedanken richtig sein sollten, zeigt diese Argumentation doch nur, daß beabsichtigt war, den Arbeiter zur Behandlung einen Arzt seines besonderen Vertrauens wählen zu lassen.

Allein auf die Einführung des "Hausarztverfahrens" kann daher die Notwendigkeit von Diagnose und Therapie nicht gegründet werden. Sinn und Zweck dieses Verfahrens tragen somit das oben gewonnene Ergebnis nicht.

1, S. Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Arbeit zu 81-Drucksache V/4283 S. 7.

cc) Sinn und Zweck der Behandlung als
Voraussetzung der Ausstellungsbefugnis

Das doppelte Erfordernis an den Begriff der Behandlung ergibt sich jedoch aus dessen un-
mittelbarem Sinn und Zweck.

Der Arzt muß in der Bescheinigung die voraus-
sichtliche Dauer der Arbeitsunfähigkeit in-
folge Krankheit angeben¹⁾. Dies kann der Arzt
am besten, der auch die Maßnahmen der Therapie
trifft. Denn diese hängt nicht nur von der
Art der diagnostizierten Krankheit ab, sondern
auch von den getroffenen Therapiemaßnahmen.
Dagegen kann der Arzt, der sich auf die Dia-
gnose beschränkt, diesen zweiten wichtigen Ge-
sichtspunkt nicht berücksichtigen.

Diese Argumentation gewinnt im Bereich der Folge-
bescheinigungen²⁾ noch an Gewicht.

Sinn und Zweck decken daher das mit Hilfe der
RVO gewonnene Ergebnis.

2.2.2 Problemfälle bei der Anwendung dieser Grundsätze

a) Rechtsfolgen bei Ausstellung durch nicht be-
handelnden Arzt

Da der Aussteller der Bescheinigung im Sinne des
§ 3 I 1 2.Hs. LFZG nicht nur Arzt, sondern behandeln-

1) B V.

2) S. 2. Kapitel.

der Arzt sein muß, können Ärzte, die den Arbeiter nicht behandelt haben, keine solchen Bescheinigungen ausstellen. Es mögen zwar äußerlich alle Formerfordernisse gegeben sein, dennoch liegt keine Bescheinigung im Sinne des § 3 I 1 2.Hs. LFZG vor¹⁾.

Es ist daher immer genau zu prüfen, ob der Arzt, von dem die Bescheinigung stammt, den Arbeiter auch behandelt hat.

Zwei Fallgestaltungen bedürfen einer näheren Untersuchung.

c) Der Arbeiter sucht zwei verschiedene Ärzte auf

aa) Die Fallgestaltung

Der Arbeiter, der sich krank fühlt, geht zu einem Arzt. Dieser diagnostiziert eine Krankheit. Er meint jedoch, daß diese nicht Arbeitsunfähigkeit zur Folge habe. Daher verschreibt er dem Arbeiter zur Therapie lediglich ein Heilmittel. Der Arbeiter ist damit nicht einverstanden und begibt sich zu einem anderen Arzt. Dieser bejaht nach der Untersuchung Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit und stellt dem Arbeiter daher eine Bescheinigung aus.

bb) Die Krankheit muß zur Arbeitsunfähigkeit führen

Vorauszuschicken ist zum Verständnis ein Hinweis

1; Otten DB 76, 389, 390; Schmatz/Fischwasser
C 307.

darauf, daß für das LFZG nicht die Krankheit im medizinischen Sinne, also ein regelwidriger körperlicher oder geistiger Zustand, genügt. Macht dieser Zustand die Arbeitsleistung nicht unmöglich, ist er arbeitsrechtlich nicht relevant. Hinzutreten muß, daß dieser kraft seiner Schwere die Arbeitsfähigkeit unmittelbar aufhebt oder als Folge der erforderlichen Krankenpflege die Arbeitsleistung unzumutbar und damit unmöglich macht¹⁾. Ist nur eine Heilbehandlung erforderlich, entsteht der Lohnfortzahlungsanspruch nicht²⁾.

cc) Die Ausstellungsbefugnis

Bei der Beantwortung der Frage, ob der hier die Bescheinigung ausstellende Arzt den Arbeiter auch behandelt hat, sind zwei Fallgestaltungen zu unterscheiden.

Der Arzt hat zwar stets eine Diagnose getroffen. Begnügt er sich jedoch damit und der Ausstellung der Bescheinigung, ist er nicht behandelnder Arzt. Es fehlt an den, vom Begriff der Behandlung auch noch geforderten, therapeutischen Maßnahmen. Denn die bloße Ausstellung der Bescheinigung führt nicht zur Heilung oder Linderung der Krankheit und erfüllt den Begriff der Therapie nicht. In diesem Fall ist der Arzt daher nicht behandelnder Arzt, seine Bescheinigung somit keine im Sinne des § 3 I 1 2.Hs. LFZG.

1) BAG, Urteil vom 14.1.1972 AP Nr. 12 zu § 1 LFZG.

2) BAG, Urteil vom 17.5.1962 AP Nr. 36 zu § 1 ArbKrankhG.

Hat es der Arzt dagegen nicht mit der Diagnose bewenden lassen, sondern auch Maßnahmen zur Heilung bzw. Linderung ergriffen, ist er selbstverständlich behandelnder Arzt. Dieser eindeutige Fall bedarf deshalb keiner näheren Erörterung. Wenn dieser zweite Arzt jedoch von dem Vorgehen seines zuerst konsultierten Kollegen Kenntnis hat und dessen getroffene Maßnahmen für richtig hält, nur hinsichtlich der Frage der Arbeitsunfähigkeit abweichender Meinung ist, wird er sich damit begnügen, den Arbeiter aufzufordern, die Therapie seines Kollegen zu befolgen. Hier stellt sich dann die Frage, ob er damit behandelnder Arzt im Sinne des § 3 I LFZG ist. Dies ist zu bejahen. Die von ihm geforderte therapeutische Maßnahme liegt hier in der Aufforderung zur Beachtung der vom Kollegen eingeleiteten Heilungs- bzw. Linderungsmaßnahmen. Es wäre auch unverständlich, zu verlangen, daß der zweite Arzt, hält er die getroffenen Maßnahmen für richtig, andere, aber gleichgerichtete Maßnahmen oder dieselben Maßnahmen nochmals trifft¹⁾. Er stellt sich hinter die Anordnungen seines Kollegen, und zwar nach außen erkennbar, und macht sich diese dadurch zu eigen. Auch bei dieser Fallvariante ist daher der Aussteller behandelnder Arzt, die Bescheinigung eine im Sinne des § 3 I 1 2.Hs. LFZG.

1) Von Brill DOK 71, 623, 624
wohl nicht in dieser Schärfe
gesehen.

c) Der Arbeiter wird an einen Facharzt überwiesen

aa) Die Fallgestaltung

Der Arbeiter sucht wegen einer Erkrankung einen praktischen Arzt auf. Dieser stellt eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung aus, überweist den Arbeiter jedoch zur Behandlung an einen Facharzt.

bb) Die Ausstellungsbefugnis

Der praktische Arzt ist dann ausstellungsbefugt, wenn er neben Maßnahmen zur Feststellung auch solche zur Heilung bzw. Linderung der Krankheit ergriffen hat.

Eine Diagnose hat der Arzt getroffen, da er das Bestehen einer Krankheit durch die Ausstellung der Bescheinigung ja gerade bestätigt. Fraglich ist auch hier, ob der Arzt therapeutische Maßnahmen getroffen hat. Auch dies ist zu bejahen. Der Arzt verweist seinen Patienten an einen Kollegen, von dem er aufgrund dessen Spezialkenntnisse annimmt, daß dieser dem Arbeiter besser helfen kann. Dies ist eine Maßnahme mit dem Ziel, die Krankheit zu heilen bzw. zu lindern, also eine solche der Therapie. Auch die vom praktischen Arzt ausgestellte Bescheinigung ist somit die eines behandelnden Arztes, die Bescheinigung also eine im Sinne des § 3 I 1 2.Hs. LFZG¹⁾.

1) Siehe auch Brill DOK 71, 623, 624.

3. Der Problemkreis "Freie Arztwahl"

3.1 "Kassenarzt" und "Nichtkassenarzt" als Aussteller der Bescheinigung

Es ist unstreitig, daß Aussteller der Bescheinigung im Sinne des § 3 I 1 2.Hs. LFZG sowohl ein an der kassenärztlichen Versorgung teilnehmender Arzt (Kassenarzt) als auch ein Nichtkassenarzt sein kann¹⁾.

Die größte und wichtigste Gruppe der an der ärztlichen Versorgung teilnehmenden Ärzte sind die "zugelassenen Ärzte". Die hierfür nötige Zulassung ist ein Verwaltungsakt eines Zulassungsausschusses²⁾.

Ausgehend vom oben Gesagten können unstreitig auch Belegärzte in Krankenhäusern, Bade- und Kurärzte, Durchgangsärzte der Unfallversicherungen Bescheinigungen im Sinne des § 3 LFZG ausstellen³⁾.

Zu fragen ist, ob diese Ansicht richtig ist.

3.1.1 Der Wortlaut des § 3 I 1 2.Hs. LFZG

Der Wortlaut des § 3 I S. 1 2.Hs. und S. 3 LFZG spricht lediglich von der Bescheinigung des be-

1) Marburger BB 78, 1419; Töns C 215; Brill WzS 80, 69, 70; derselbe DOK 71, 623, 624, Feichtinger I S. 88; Feichtinger II S. 89; Kehrmann/Pelikan § 3 RN 8; Sommer/Schaub AR-Blattei aaO B I 1 b, III 1; Brecht § 3 RN 18; Schmatz/Fischwasser C 313; wohl auch schon Schelp/Trieschmann S. 29.

2) §§ 368 a-c RVO; zur freien Kassenarztwahl s. § 368 d RVO.

3) S. die ausdrücklichen Hinweise bei Brill DOK, 71, 623, 624; derselbe WzS 80, 69, 70 FN 5; Töns C 212 - 215; Marburger BB 78, 1419, 1420.

handelnden Arztes und enthält keine nähere Bestimmung darüber, ob dieser Kassenarzt oder Nichtkassenarzt sein muß.

Hieraus und der ansonsten eingehenden Bestimmung der Person des Ausstellers durch das LFZG¹⁾ ist zu entnehmen, daß das LFZG eine Begrenzung auf Kassenärzte nicht vornimmt²⁾.

3.1.2 Übereinstimmung mit Sinn und Zweck der ärztlichen Bescheinigung

Warum die Bescheinigung von einem Arzt stammen muß, wurde bereits³⁾ dargestellt.

Die Einteilung der Ärzte in Kassen- und Nichtkassenarzt hat damit nichts zu tun. Hierbei geht es darum, daß die Träger der gesetzlichen Krankenversicherung in der Regel nicht über die erforderlichen Mittel zur Erfüllung der von ihnen zu erbringenden Sachleistungen verfügen. Sie müssen hierzu insbesondere Ärzte einschalten, Ärzte, die in einem besonderen Verfahren zur kassenärztlichen Versorgung zugelassen werden oder sonst zur Teilnahme hieran befugt sind (Kassenärzte)⁴⁾. Hintergrundgedanke ist also nicht, daß dadurch der "Sicherheitsfaktor" Arzt erhöht werden soll, etwa im Sinne eines besonderen Auswahlverfahrens für hervorragend qualifizierte Ärzte.

1) S. unter 2.

2) Mit dieser Begründung auch Töns aa0; Brill aa0.

3) Unter 2.1.3 a) cc).

4) S. Schulin aa0 RN 129, 130; Bley aa0 C IV 2 c) aa); Gitter § 8 VII.

3.1.3 Herleitung aus der Anspruchsberechtigung nach § 3 LFZG

Das somit richtige Ergebnis der Ausstellungsbefugnis für Kassen- und Nichtkassenarzt wird teilweise¹⁾ "mittelbar" damit begründet, daß auch Arbeiter, die nicht in der gesetzlichen Krankenversicherung pflichtversichert sind, lohnfortzahlungsberechtigt sind.

Zu prüfen ist, ob auch dieser Gedanke tragfähig ist.

a) Lohnfortzahlung nicht nur für in der gesetzlichen Krankenkasse Versicherte

Der Ausgangspunkt dieser Überlegung ist sicher richtig. Für die Frage der Anspruchsberechtigung spielt die Stellung des Arbeiters in der Kranken- und Rentenversicherung keine Rolle²⁾.

b) Die Auswahl des Arztes

Ist der Arbeiter versicherungspflichtig, wird er immer einen Kassenarzt aufsuchen, da er ansonsten die vom Arzt für die Ausstellung der Bescheinigung berechnete Gebühr selbst tragen müßte, es sei denn, es läge ein Notfall vor³⁾. Gleiches gilt für den freiwillig Versicherten⁴⁾, im Rahmen der

1) Brecht § 3 RN 18; Brill DOK 71, 623, 624.

2) S. statt vieler Schmatz/Fischwasser C 108; Doetsch/Schnabel/Paulsdorff § 1 RN 4; Brecht § 1 RN 1, Kehrmann/Pelikan § 1 RN 11.

3) §§ 368 f, 368 d I, 368 f V RVO.

4) §§ 176, 313 RVO.

Familienversicherung¹⁾ und bei Bezug von Rente^{2) 3)}.

Für den nicht in der gesetzlichen Krankenkasse versicherten Arbeiter besteht dagegen keinerlei Veranlassung, einen Kassenarzt aufzusuchen. Dies gilt auch, wenn der Arbeiter bei einem privaten Krankenversicherer Mitglied sein sollte, da hierbei nicht das Sachleistungs-, sondern das Kostenerstattungsprinzip gilt⁴⁾.

c) Schlußfolgerungen

Die beiden oben genannten Autoren wollen wohl nun aus dem zuletzt genannten Umstand und der Tatsache, daß auch ein solcher Arbeiter lohnfortzahlungsbe-rechtigt ist⁵⁾, den Schluß ziehen, daß jeder Arbeiter dann in der Wahl des behandelnden Arztes frei sei.

Als mittelbarer Anhaltspunkt für die Richtigkeit des gewonnenen Ergebnisses kann jedoch nur die Rechtsstellung der Lohnfortzahlungsberechtigten in allen Zweigen der Krankenversicherung herangezogen werden.

1) § 205 RVO.

2) § 165 I Nr. 3 RVO.

3) Zu den Kosten der Bescheinigung Brill WzS 80, 69, 70; DOK 71, 623, 628; Schmatz/Fischwasser C 314, 315; Kaiser § 3 RN 23, Brecht § 3 RN 18; Sommer/Schaub AR-Blattei aaO B IV; Kehrmann/Pelikan § 3 RN 11; Feichtinger I S. 88; II S. 88, 89; Marburger BB 78, 1419, 1420; Iöns C 209, 210; Schellong S. 19; Peters A 205; Doetsch/Schnabel/Paulsdorff § 3 RN 11; Klages RN 198; Röhsler AR-Blattei aaO V 2 b) aa).

4) S. Gitter aaO; Schulin RN 98, Bley C IV 1).

5) S. 21.

Ist der Arbeiter in der gesetzlichen Krankenversicherung versichert, braucht er keinen Kassenarzt aufsuchen (wenn er das Kostenrisiko nicht scheut). Gleiches gilt erst recht für die andere Gruppe der Arbeiter, die nicht in der gesetzlichen Krankenkasse versichert sind.

Da somit kein Arbeiter verpflichtet ist, einen Kassenarzt in Anspruch zu nehmen, kann daraus der Schluß gezogen werden, daß sowohl die RVO als auch die privaten Krankenversicherer das oben gewonnene Ergebnis von der Freiheit der Arztwahl im Hinblick auf Kassen- und Nichtkassenarzt teilen. Die krankenversicherungsrechtliche Lage stützt somit das anhand von Wortlaut und Sinn und Zweck erzielte lohnfortzahlungsrechtliche Ergebnis.

Demgegenüber ist eine Übertragung der krankenversicherungsrechtlichen Besonderheiten derjenigen, die nicht in der gesetzlichen Krankenversicherung versichert sind, mit Hilfe des Lohnfortzahlungsanspruchs, den auch dieser Personenkreis besitzt, nicht möglich. Verwiesen sei nochmals auf die unterschiedlichen Rechtsverhältnisse Arbeiter - Arbeitgeber und Arbeiter - Krankenversicherungsträger.

Der oben dargestellte Gedanke ist somit nicht richtig.

3.2 Arzt, der das besondere Vertrauen des Arbeitgebers genießt

Als bisheriges Ergebnis bei der Beantwortung der Frage, wer Aussteller der Bescheinigung sein kann, ergibt sich, daß dieser Arzt sein und den Arbeiter behandeln muß. Keine Rolle spielt es, ob er an der kassenärztlichen Versorgung teilnimmt oder nicht.

Durch das Merkmal der Behandlung ist zwar, wie Otten¹⁾ richtig ausführt, auch die konkrete Einzelperson, die eine ärztliche Bescheinigung im Sinne des § 3 I LFZG ausstellen kann, festgelegt. Eine solche Behandlung kann aber nur beginnen, wenn der Arbeiter einen ganz bestimmten Arzt konsultiert. Dem muß also eine Auswahl unter der Vielzahl der praktizierenden Ärzte vorausgehen.

Anders ausgedrückt. Der Personenkreis der Ausstellungsbefugten ist durch das Merkmal Arzt bestimmt. Im konkreten Einzelfall ist dies jedoch nur der Arzt, der den Arbeiter behandelt. Dazwischen tritt die Auswahl desjenigen aus der Vielzahl der Ärzte, der den Arbeiter behandeln soll.

Da der Personenkreis der Ärzte keine Einheit bildet, es vielmehr bei der Erfüllung der Pflichten unterschiedliche Auffassungen gibt²⁾,

1) DB 76, 389.

2) S. Einleitung 1.

hat die Auswahlbefugnis eine nicht unerhebliche Bedeutung.

Im Mittelpunkt muß die Frage stehen, ob der Arbeitgeber die Auswahl dahin treffen kann, daß der Arbeiter einen Arzt, der das Arbeitgeber-Vertrauen genießt, aufsuchen und sich von diesem die Bescheinigung ausstellen lassen muß oder ob der Arbeiter die freie Arztwahl hat. Zu denken ist an die Fallgestaltung, daß der Arbeitgeber bei der Krankmeldung (§ 3 I 1 l.Hs. LFZG) des Arbeiters diesem einen Arzt nennt, den er aufsuchen soll, oder daran, daß eine solche Bestimmung abstrakt im voraus für alle Fälle der Erkrankung bereits getroffen wurde.

Gleichzubehandeln ist die Frage, ob der Arbeiter bei Vorlage einer Bescheinigung des Arztes seines Vertrauens verpflichtet werden kann, sich einer "Nachuntersuchung" durch einen Vertrauensarzt des Arbeitgebers zu unterziehen und dann eine "bestätigende" Bescheinigung beizubringen. Denn wenn der Arbeitgeber das Bestimmungsrecht hat, hierauf nicht verzichtet und die beigebrachte Bescheinigung nicht billigt, ist diese keine im Sinne des § 3 I LFZG. Erst die noch vom Vertrauensarzt des Arbeitgebers zu beschaffende wäre dann die vom Arbeiter nach § 3 I LFZG beizubringende. Hat der Arbeitgeber dagegen kein Bestimmungsrecht, ist die vom Arbeiter beigebrachte Bescheinigung die im Sinne des § 3 I LFZG. Denn dann bleibt es bei der freien Auswahl des Arbeiters.

3.2.1 Die Rechtslage vor Inkrafttreten des LFZG

Vor Inkrafttreten des LFZG hat der Arbeiter, soweit er überhaupt zur Vorlage eines ärztlichen Zeugnisses verpflichtet war, zum Nachweis seiner Arbeitsunfähigkeit im allgemeinen den von der Krankenkasse ausgestellten Krankenschein oder ein Zeugnis seines behandelnden Arztes vorgelegt. Die Frage, ob der Arbeiter verpflichtet war, einen vom Arbeitgeber bestimmten Arzt zu einer Untersuchung aufzusuchen, war umstritten.

Die Mehrzahl der Stimmen in Literatur und Rechtsprechung lehnte ein solches Bestimmungsrecht im Grundsatz ab. Nur dann, wenn die Interessen des Arbeitgebers die des Arbeiters, einen Arzt seines Vertrauens zu konsultieren, überwogen, wurde dem Arbeitgeber zugestanden, einen bestimmten Arzt vorzuschreiben¹⁾. Die herrschende Meinung hat ein solches Bestimmungsrecht des Arbeitgebers ange-

1) ArbG Bremen 2.2.1954, DB 54, 620; LAG Hamm 8.9.1966 ArbuR 67, 25, LAG Bremen 28.3.1956 AP Nr. 17 zu § 626 BGB (= BB 56, 623) m. Anm. v. Schnorr v. Carolsfeld; LAG München SAE 55 Nr. 58; LAG Berlin 3.6.1969 EEK I/104; BAG 5.3.1957 AP Nr. 1 zu § 10 MuSchG; BAG 10.5.1957 AP Nr. 5 zu § 611 BGB Lohnanspruch; Aye BB 56, 1033 in Anm. zu LAG Bremen aaO; Prasse RdA 59, 55; Küchenhoff RdA 72, 336, 338; Paulsen ArbuR 61, 206; Rößler DB 69, 525; Molitor BB 56, 437; Nikisch Bd I S. 620, 621; Hueck-Nipperdey Bd I S. 337, 338 FN 63; Hessel I S. 19 f; Schelp-Trieschmann S. 25 ff mwN; s.a. LAG Düsseldorf (Köln) 10.9.1970 DB 70, 1936 und BAG 23.2.1967 AP Nr. 1 zu § 7 BAT; a.M.: LAG Berlin 25.10.1956 AP Nr. 4 zu § 611 BGB Treuepflicht (m. Anm. v. G. Hueck), das Arbeitgeber für berechtigt hält, Arzt zu bestimmen, es sei denn, dies wäre für Arbeiter unzumutbar; a.M. auch Schlegelberger-Schröder, HGB, 3. Aufl. § 63 Anm. 2; Würdinger in RGRK-HGB, 2. Aufl., § 63 Anm. 2 a; LAG München 26.11.1954, Westd. ArbRspr. 1955 S. 44; LAG Düsseldorf (Köln) 25.7.1952 DB 52, 828; ArbG München-Gladbach 2.2.1951 SAE 1951 S. 74; Rauschert BB 59, 814 in Anlehnung an LAG Berlin aaO; hinzuweisen ist darauf, daß nicht immer klar zwischen Untersuchung und Nachuntersuchung unterschieden wurde.

nommen, wenn ein begründeter Verdacht bestand, daß die vom Arbeiter vorgelegte ärztliche Bescheinigung ein "Gefälligkeitsattest" darstellt. Anders evtl. aber dann, wenn der Arbeiter der gesetzlichen Krankenversicherung unterlag, da hier die Einrichtungen der Krankenkasse Schutz gegen Simulationen boten¹⁾.

3.2.2 Die Rechtslage unter Geltung des LFZG

a) Die Nachweispflicht gilt für die Arbeitsverhältnisse sämtlicher Arbeiter

Da die Nachweispflicht nach § 3 LFZG für die Arbeitsverhältnisse sämtlicher Arbeiter gilt²⁾ bedarf es unter der Geltung des LFZG keiner Unterscheidung zwischen Arbeitern, die in der gesetzlichen Krankenkasse versichert sind, und solchen, für die dies nicht zutrifft.

Insoweit ist auf jeden Fall eine Änderung gegenüber der Rechtslage vor Inkrafttreten des LFZG eingetreten.

b) Rechtsprechung und Literatur

Infolge einer häufig anzutreffenden Ver-

1) Z.B. Schelp-Trieschmann S. 28.

2) Einzige Ausnahme § 1 V LFZG; für die in § 1 III LFZG Genannten gelten lediglich § 1 I und II LFZG nicht, s. z.B. Brecht § 3 RN 2; Becher § 3 Anm. 2; Kaiser § 3 RN 2; Kehrmann/Pelikan § 3 RN 4; Schmatz/Fischwasser C 302; Feichtinger I S. 83; II S. 83; Spix/Papenheim S. 8; Hessel II S. 10; Brill DOK 71, 623 624; WzS 80, 69, 71: jeweils mwN; LAG Hamm 23.3.1971 EEK II/030; LAG Berlin 3.7.1973 EEK II/0651; a.A. lediglich Marienhagen § 3 RN 1, der auf das Lohnfortzahlungsbegehren abstellt; Röhsler aaO V 2 a bb.

mengung von Meinungen von Autoren, die sich vor Inkrafttreten des LFZG geäußert haben, mit Gedanken, unmittelbar gestützt auf das LFZG, ist es äußerst schwierig, die vertretenen Ansichten aufzugliedern.

Zudem wird meistens nicht die oben¹⁾ vorgenommene genaue Aufteilung zwischen der Bestimmung des Ausstellers der Bescheinigung durch den Arbeitgeber noch vor der Vorlage der Bescheinigung oder erst nach deren Beibringung (Nachuntersuchung) gemacht. Daher ist die folgende Dreiteilung nicht im Sinne einer völlig unterschiedlichen Problemerkfassung zu verstehen. Überschneidungen sind bei Einzelfragen möglich.

aa) Bloße Darstellung des Problems

Die erste Gruppe beschränkt sich auf die Darstellung des Problems²⁾ oder spricht sich ohne Begründung für die freie Arztwahl des Arbeiters aus³⁾.

bb) Argumentation außerhalb des LFZG

Die zweite Gruppe argumentiert unabhängig vom LFZG wie vor dessen Inkrafttreten. Als Ergebnis wird zum Teil ein Bestimmungsrecht

1) S. unter 3.2.

2) Spix/Papenheim S. 11.

3) Brill WzS 80, 69, 70; anders Kaiser § 3 RN 15 und Brecht § 3 RN 18, die nur von einem Grundsatz sprechen, aber keine Ausnahmen nennen.

des Arbeiters nur grundsätzlich bejaht¹⁾,
zum Teil ohne Ausnahme²⁾.

cc) Argumentation im Rahmen des LFZG

Erst die dritte Gruppe³⁾ argumentiert mit
Begründungen im Rahmen des LFZG.

c) Stellungnahme

Der richtige Ansatzpunkt kann nur darin liegen,
zu untersuchen, welche Regelung das LFZG selbst
hinsichtlich der aufgeworfenen Frage getroffen
hat. Zu beachten ist, daß eine solche Regelung
positiver oder negativer Natur sein kann. Erst
bei Feststellung einer Regelungslücke kann nach
anderen Normen Ausschau gehalten werden.

aa) Der klare Wortlaut des § 3 I LFZG

§ 3 I 1 2.Hs. LFZG und § 3 I 2 LFZG legen
die Person des Ausstellers der Bescheinigung
dadurch genau⁴⁾ fest, daß sie verlangen,
daß jener Arzt sein muß. Eine weitere Be-
stimmung wird nicht getroffen. Da die Vor-
schrift des § 3 LFZG Pflichten für den
Arbeiter normiert, ihm die Nachweispflicht

-
- 1) Sommer/Schaub AR-Blattei aaO B III. 1; Göppner
aaO S. 195; Kehrmann/Pelikan § 3 RN 27, der
aber mehr das Problem der Nachuntersuchung be-
handelt, s. § 3 RN 8, § 5 RN 13, und auch auf
das LFZG abstellt; Feichtinger I S. 88 f;
II S. 89; Feichtinger/Pohl DB Beilage 4/84 S. 4.
 - 2) Küchenhoff RdA 72, 336, 339; Schaub AR-Handbuch
S. 532.
 - 3) Brill DOK 71, 665, 674; DOK 71, 623, 625 f;
Marlenhagen § 3 RN 13, Hessel II S. 11; Weiland
BB 79, 1096, 1100; Schmatz/Fischwasser C 312;
LAG Hamm 16.2.1977 DB 77, 828; s.a. BAG 4.10.1978
EEK I/622 m. Anm. Sabel; Schulte-Mimberg DOK 80, 57, 69.
 - 4) S. 2.1.1.

auferlegt, führt der Umstand, daß die Person des Ausstellers nicht noch umfassender konkretisiert wird, dazu, daß der Arbeiter bei der Auswahl keiner Beschränkung unterliegt, als daß er sich an einen Arzt wenden muß. Betrachtet man daher lediglich § 3 I S. 1 2.Hs. und S. 2 LFZG, ergibt sich hieraus das Prinzip der freien Arztwahl.

Dieses Prinzip wird auch nicht durch § 3 I 3 LFZG aufgehoben. Hieraus ist zu entnehmen, daß nur der Arzt die notwendigen Bescheinigungen ausstellen kann, der den Arbeiter auch selbst behandelt hat¹⁾. Das ändert jedoch nichts an der freien Arztwahl des Arbeiters. Nach wie vor kann er aus der Vielzahl der Ärzte den auswählen (§ 3 I S. 1 2.Hs. und S. 2 LFZG), den er will. Dieser so von ihm frei bestimmte Arzt kann die Bescheinigungen aber nur dann ausstellen, wenn er den zu ihm kommenden Arbeiter behandelt. Die Notwendigkeit der Behandlung hat mit der freien Arztwahl nichts zu tun²⁾. Der Wortlaut des § 3 I LFZG ergibt somit, daß dem Arbeiter das uneingeschränkte Recht der freien Arztwahl zusteht.

1) S. 2.2.

2) So auch LAG Hamm 16.2.1977 DB 77, 828; Brill DOK 71, 665, 674, DOK 71, 623, 625; Weiland BB 79, 1096, 1100, die das Prinzip der freien Arztwahl zwar dem § 3 I LFZG entnehmen, jedoch ohne Begründung; ob Hessel II S. 11 so zu verstehen ist, ist unklar; so wohl auch Schmatz/Fischwasser C 312.

bb) Freie Arztwahl auch im Bereich der
Krankenversicherung

Das Prinzip der freien Arztwahl gilt auch im Bereich der RVO¹⁾ und der privaten Krankenversicherer²⁾.

Die Einführung bzw. Beibehaltung dieses Prinzips im Bereich des LFZG führt dazu, daß es im gesamten Gesundheitsbereich Geltung hat. Es dient somit auch dem Gedanken der Einheit der Rechtsordnung.

cc) Bestimmungsrecht aufgrund anderer Normen

Falsch wäre somit eine Argumentation derart, daß, da § 3 LFZG keine Regelung über das Bestimmungsrecht für den Arbeitgeber trifft, nach anderen Normen für ein solches gesucht werden müsse.

Wie bereits angedeutet, kann eine Regelung nicht nur positiv erfolgen, vielmehr auch negativ. Das LFZG hat eine negative Regelung getroffen. Es hat das Prinzip der freien Arztwahl des Arbeiters gerade nicht zugunsten des Arbeitgebers eingeschränkt.

1) Unter den an der kassenärztlichen Versorgung teilnehmenden Ärzten hat der Versicherte die freie Wahl: § 368 d I RVO, geringfügige Beschränkungen in II und III.

2) Z.B. § 4 Ziff. 2 der Allgemeinen Versicherungsbedingungen 1976 des Verbandes der privaten Krankenversicherung.

Das LFZG enthält zudem hinsichtlich der Festlegung, wer Aussteller der Bescheinigungen sein kann, auch eine abschließende Regelung. Mangels Regelungslücke können daher andere Normen nicht herangezogen werden. Daraus ergibt sich auch, daß die Argumentation der oben genannten zweiten Gruppe unzulässig ist.

Diesem Ergebnis liegen zwei Gedanken zu Grunde. Zum einen ist das Prinzip der freien Arztwahl selbst aus sich heraus umfassend. Zum anderen zeigt das LFZG, daß es den Problembereich erkannt hat.

Die Vorschrift des § 3 I S. 1 und 2 LFZG eröffnet, wie dargestellt, dem Arbeiter die freie Arztwahl. Einer echten Wahlfreiheit ist jedoch inhärent, daß sie umfassend ist, also keinen Einschränkungen unterliegt. Bereits aus dieser abstrakten Betrachtung folgt, daß eine Abschwächung sicherlich einer klaren und positiven Regelung bedürfte.

Nach der Normierung des Prinzips der freien Arztwahl berührt das Gesetz die Frage der Ausstellungsbefugnis nur noch einmal in § 3 I 3. Wie aber bereits ausgeführt¹⁾, wird dadurch jenes Prinzip nicht aufgeweicht. Es ist vielmehr der Gegenschluß angebracht, daß das Gesetz dadurch zeigt, daß es an der Wahlfrei-

1) (a).

heit für den Arbeiter festhalten will. Das Gesetz bringt eine Regelung im Bezug auf den Aussteller der Bescheinigung, vermeidet aber, das vorher normierte Prinzip anzutasten. Hieraus und dem Umstand mangelnder weiterer Festlegungen ist der Schluß zulässig, daß die freie Arztwahl des Arbeiters bestehenbleiben soll. Da somit keine Regelungslücke vorhanden ist, bedarf es keiner Ausfüllung durch Normen außerhalb des LFZG.

dd) Problemkreis Nachuntersuchung

Zu dem unter 3.2 aufgeworfenen Problem, ob der Arbeiter sich trotz Vorlage einer Bescheinigung einer Nachuntersuchung durch den Vertrauensarzt des Arbeitgebers unterziehen und dessen bestätigende Bescheinigung beibringen muß, läßt sich aus dem gewonnenen Ergebnis ebenfalls eine Lösung entnehmen, die kurz dargestellt werden soll.

Da dem Arbeiter die Auswahl des Arztes zusteht, hat er mit der Vorlage einer Bescheinigung des Arztes seiner Wahl (abgesehen von den sonstigen Notwendigkeiten) die Voraussetzungen des § 3 I LFZG erfüllt. Gestützt auf das LFZG kann der Arbeitgeber daher nicht die Vorlage einer (bestätigenden) Bescheinigung verlangen¹⁾.

1) So wohl auch, ohne dies expressis verbis darzulegen, die unter aa) genannten; zum Problem der Kontrolluntersuchung allgemein statt vieler Kehrmann/Pelikan § 3 RN 27 mwN, der auch auf § 369 b I Nr. 2 RVO eingeht; s.a. Schulte-Mimberg DOK 80, 57, 69 f.

Sein Verlangen betrifft somit nicht eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung im Sinne des § 3 LFZG. Sie ist daher nicht Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit¹⁾.

1) Es sei aber zumindest an § 9 LFZG erinnert, wenn der Arbeitgeber die Lohnfortzahlung von der Vorlage dieser Bescheinigung abhängig machen sollte. Danach kann der Umfang der Nachweispflichten nicht erweitert werden. S.a. Kehrman/Pelikan § 9 RN 5; Brecht § 9 RN 3; zur Abdingbarkeit durch Tarifvertrag s.a. BAG 4.10.1978 EEK I/622, insbesondere Anm. Sabel; Weiland BB 79, 1096, 1100; Marienhagen § 3 RN 13; Hessel II S. 11; Brill DOK 71, 623 ff, 625, 665 ff, 674; Schmatz/Fischwasser C 312.

V. Anmerkungen zur schriftlichen Form

Da schriftliche Form vorgeschrieben ist¹⁾, muß die Erklärung in einer Urkunde schriftlich festgehalten sein und es muß die Urkunde vom Aussteller, also dem behandelnden Arzt²⁾, eigenhändig durch Namensunterschrift³⁾ unterzeichnet sein⁴⁾.

Beides ergibt sich unmittelbar aus der Anwendung des § 126 BGB. Es gilt daher im folgenden lediglich, die hierzu gewonnenen Erkenntnisse auf die Ausstellung der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung zu übertragen. Hierbei ist immer zu fragen, ob nicht Besonderheiten der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung entgegenstehen und daher eine abweichende Lösung erfordern.

1. Die Erstellung der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung

1.1 Die Vollständigkeit

1.1.1 Das Erfordernis nach § 126 BGB

In Literatur und Rechtsprechung wird bei § 126 BGB immer wieder darauf hingewiesen, daß die Urkunde das gesamte Rechtsgeschäft, soweit formbedürftig, enthalten muß. Der

1) S. u. I., III.

2) S. u. IV.

3) Unterzeichnung durch beglaubigtes Handzeichen scheidet als lediglich wohl theoretische Fallgestaltung hier aus.

4) Larenz AT " 372; Förschler in MünchKomm § 126 RN 7, 17; Staudinger-Dilcher § 126 RN 8, 12; Krüger-Nieland in BGB-RGRK § 126 RN 5, 9.

Mindestinhalt, den die Urkunde haben muß, ist hierbei aus der einzelnen Formvorschrift zu entnehmen¹⁾.

Übertragen auf die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung bedeutet dies, daß die in § 3 I LFZG als formbedürftig bestimmten Inhaltsvoraussetzungen in der Bescheinigung genannt sein müssen²⁾.

1.1.2 Voraussetzung auch nach dem LFZG

Die Notwendigkeit der Vollständigkeit der in der Urkunde enthaltenen Erklärungen ergibt sich auch aus dem LFZG selbst.

§ 3 I S. 1 2.Hs. und S. 3 LFZG legen fest, welche Umstände in die Bescheinigung aufgenommen werden müssen. Dies ergibt sich daraus, daß eine Bescheinigung "über" die Arbeitsunfähigkeit und deren Dauer nachzureichen ist. Außerdem muß sie einen bestimmten Vermerk "enthalten".

Da keine weiteren Inhaltsvoraussetzungen genannt sind, steht auch fest, was zur Vollständigkeit in die Urkunde aufgenommen werden muß. Zweifel, ob die genannten Voraussetzungen formbedürftig sind, entstehen somit nicht.

1) Staudinger-Dilcher § 126 RN 8; Förchler in MünchKomm § 126 RN 6; Krüger-Nieland aaO § 126 RN 5 jeweils mwN; BGHZ 76, 189.

2) Zu den materiellen Voraussetzungen im einzelnen unter B.; zum Problemkreis Willenserklärung unter I. 1.2.

1.2 Die Einheitlichkeit

1.2.1 Das Erfordernis nach § 126 BGB

Der zweite Gesichtspunkt, der in Bezug auf § 126 BGB herausgestellt wird, ist das Erfordernis der Einheitlichkeit der Urkunde. Hierzu wird ausgeführt, daß die rechtsgeschäftlichen Erklärungen in einer Urkunde enthalten sein müssen¹⁾.

Das würde auch für die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung bedeuten, daß sich der volle Inhalt²⁾ nicht erst aus einer weiteren Urkunde ergeben darf³⁾.

1.2.2 Übereinstimmung mit den Voraussetzungen des LFZG

Diese Voraussetzung ist aber auch dem LFZG selbst zu entnehmen. Es spricht davon, daß "eine ärztliche Bescheinigung" vorzulegen ist. Die grammatikalische Auslegung⁴⁾ hat hierzu ergeben, daß damit ein Schriftstück gemeint ist.

Auch das LFZG selbst postuliert also das Moment der Einheitlichkeit.

1) Krüger-Nieland aaO § 126 RN 7;
Staudinger-Dilcher § 126 RN 9;
Förschler aaO § 126 RN 10 jeweils
mwN.

2) S. unter B.

3) Daß die Urkunde aus mehreren Blättern bestehen kann, sei mangels näherer Bedeutung nur erwähnt.

4) S. unter I. 2.1.

2. Die eigenhändige Namensunterschrift

2.1 Der Urkundentext

Voranzustellen ist nochmals, daß nach § 126 BGB der Arzt als Aussteller den Urkundentext nicht selbst schreiben muß. Er hat lediglich die Urkunde zu unterzeichnen¹⁾.

Der Arzt kann sich daher zur Erstellung des Textes seiner Sprechstundenhilfe oder einer anderen Person bedienen. Dieser selbst kann auf jede beliebige Art, sei es handschriftlich, mit Maschinenschrift oder auf einem Vordruck²⁾ hergestellt sein³⁾.

Das LFZG enthält keine Anhaltspunkte, die eine Abweichung hiervon als notwendig erscheinen lassen.

2.2 Abschluß- und Deckungswirkung

Zweck der Unterschrift ist es, die Authentizität der Erklärung zu sichern. Sie schließt den Text ab und deckt ihn⁴⁾, was im räumlichen Sinne zu verstehen ist⁵⁾.

Dieser Sinn gilt auch und gerade für das Unterschriftserfordernis in § 3 I LFZG. Der Arzt soll

1) Staudinger-Dilcher § 126 RN 12; Krüger-Nieland aaO RN 18; Förschler aaO RN 17; Soergel-Hefermehl § 126 Rz 5 jeweils mwN; so auch Schmatz/Fischwasser C 308; Sommer/Schaub aaO B II. 1. g; Klages aaO RN 199; Brecht § 3 RN 12, Brill WzS 80, 69, 70.

2) S. unter VII.

3) Förschler aaO RN 21.

4) Krüger-Nieland aaO RN 9; Staudinger-Dilcher § 126 RN 12; Förschler aaO RN 17; Soergel-Hefermehl § 126 RN 5 jeweils mwN.

5) RGZ 52, 280; 57, 67; 110, 166, 168.

die subjektive Krankmeldung des Arbeiters bestätigen¹⁾. Dafür leistet er seine Unterschrift.

Dies bedeutet, daß die Unterschrift des Arztes schriftbildlich erst nach der Erklärung der von § 3 I S. 1 2.Hs. und S. 3 LFZG geforderten Umstände erfolgen darf. Allerdings darf nicht auch ein solcher Abstand zum Textende bestehen, daß Bedenken wegen der Vollständigkeit des Textes erwachsen können.

2.3 Die zeitliche Reihenfolge von Texterstellung und Unterschriftsleistung

2.3.1 Keine Reihenfolge normiert

a) Allgemeine Rechtslage

Die zeitliche Reihenfolge, in der Text und Unterschrift niedergeschrieben werden, ist bei Erfüllung des Erfordernisses nach § 126 BGB grundsätzlich unerheblich²⁾.

Da also nicht gefordert wird, daß der Aussteller vor der Unterzeichnung den Urkundentext liest, genügt es, wenn der Arzt zuerst seine Unterschrift leistet und erst später von seiner Sprechstundenhilfe die notwendigen Erklärungen gemäß seiner Weisung darübersetzt werden.

1) S. 1. Kapitel I. 5.3.2 a).

2) Staudinger-Dilcher § 126 RN 13;
Soergel-Hefermehl § 126 RN 5;
Krüger-Nieland aaO RN 10;
Förschler aaO RN 18 jeweils mwN.

b) Die Rechtslage nach dem LFZG

aa) Problemkreis Unterschrift

Das LFZG enthält insoweit keine Regelung. Es mag zwar sein, daß das Sicherheitsbedürfnis es nahelegt, daß der Arzt seine Unterschrift erst nach der Erstellung des Urkundentextes leistet. Dies könnte auch durch den Gesichtspunkt der Einschaltung des Arztes als neutralen Dritten gerechtfertigt sein.

Diese Argumentation ist jedoch nicht spezifisch lohnfortzahlungsrechtlich. Der Problemkreis Unterschrift stellt sich auch sonst und wird wie oben dargelegt gelöst. Diese Problembehandlung ist richtig, da die Vorschriften des BGB über die materiellen Erfordernisse der Schriftform immer insbesondere im Zusammenhang mit den Vorschriften der ZPO über die prozessuale Beweiskraft von Urkunden gesehen werden müssen¹⁾.

bb) Unterschrift des behandelnden Arztes

Erforderlich ist nach § 3 I S. 1 2.Hs. und S. 3 LFZG in Verbindung mit § 126 BGB die Unterschrift des behandelnden Arztes.

Dies bedeutet, daß der Unterschriftsleistende beim Unterschreiben nicht nur Arzt sein muß, sondern zu diesem Zeitpunkt den Arbeiter auch behandeln muß.

1) RGZ 78, 26, 29; 57, 66, 58.

Hieraus ergibt sich eine Abweichung von der ansonsten völlig freien zeitlichen Reihenfolge von Text und Unterschrift. Erst nach Diagnose und Beginn der Therapie kann der Arzt wirksam im Sinne des LFZG die Unterschrift unter die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung setzen.

Dies bringt jedoch keine völlige Abweichung von der allgemeinen Rechtslage. Auch bei der Bescheinigung nach § 3 I 1 2.Hs. LFZG kann die Erstellung des Textes der Unterschriftsleistung nachfolgen. Nur kann die Unterschrift selbst erst ab Behandlungsbeginn geleistet werden.

2.3.2 Die Blankounterschrift

a) Allgemeine Rechtslage

Aus dem Gesagten ergibt sich auch, daß Blankounterschriften, die erst später mit einem Text aufgefüllt werden, nach § 126 BGB formwirksam sind¹⁾. Der Arzt könnte somit nach allgemeiner Rechtslage im Vorgriff auf noch zu erstellende Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen Blankounterschriften auf Urkunden vor deren Ausfüllung leisten. Er könnte dann bei Bedarf seine Sprechstundenhilfe anweisen, eine solche vorunterschiedene Urkunde mit den notwendigen Erklärungen zu ergänzen. Dadurch entstünde dann die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung.

1) RGZ 78, 26, 29; 57, 66, 68.

b) Abweichung unter Geltung des LFZG

Im Bereich des § 3 I 1 2.Hs. LFZG sind solche Blankounterschriften nicht möglich. Es kann hierzu auf die Ausführungen oben¹⁾ verwiesen werden.

Eine Unterschriftsleistung, noch bevor die Behandlung eines bestimmten Arbeiters überhaupt absehbar ist, ist somit nicht wirksam.

2.4 Das Unterschreiben

2.4.1 Mechanisch hergestellte Unterschrift

a) Allgemeine Regelung

Nach herrschender Meinung sind mechanisch hergestellte Unterschriften, also insbesondere Matrizenabzug, Fotokopie und Stempel keine eigenhändige Unterschrift im Sinne des § 126 BGB. Ausnahmen hiervon werden nur bei den §§ 793 II 2 BGB, 13 AktG, 8 MHG und im VVG zugelassen²⁾. Durch diese sollen die Belange des Massenverkehrs berücksichtigt werden.

Oben³⁾ wurde bereits dargestellt, daß es sich bei der Erstellung von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen ebenfalls um eine Massenerscheinung handelt. Diese Tatsache

1) 2.3.1 b) bb).

2) Staudinger-Dilcher § 126 RN 18; Krüger-Nieland aaO RN 22; Förschler aaO RN 22; Soergel-Hefermehl § 126 Rz 7 jeweils mwN.

3) Leubert 1.

genügt, insbesondere im Hinblick darauf, daß, wie gesehen, nicht in allen Fällen des Massenverkehrs eine Ausnahme zugestanden wird, allein jedoch nicht. Es ist zwar zuzugeben, daß solche Bescheinigungen durchweg einen stereotypen Text enthalten. Ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung kann aber von der Notwendigkeit eigenhändiger Unterschrift nicht abgewichen werden¹⁾.

b) Analogie zu § 3 I 2 VVG ✓

Eine Analogie, die aufgrund der Gestaltung der Tatbestände, die eine Ausnahme von der eigenhändigen Unterschrift zulassen, nur zu § 3 I 2 VVG in Betracht zu ziehen ist, scheitert, unabhängig von der hierfür notwendigen Ähnlichkeit der Tatbestände²⁾, an dem Fehlen einer offenen Lücke.

Diese Norm wird zwar analog auf Versicherungsnachweise angewandt³⁾. Eine Übertragung dieser Gedanken ist hier jedoch nicht möglich.

Das LFZG selbst ist zwar unvollständig, da es das normierte Schriftformerfordernis⁴⁾ nicht näher darstellt. Diese Lücke konnte jedoch durch die Anwendung des § 126 BGB⁵⁾

1) S. die unter 1) genannten; nur hinsichtlich § 363 HGB wird teilweise eine Ausnahme anerkannt.

2) Larenz, Methodenlehre II. Teil Kapitel 5 2. b); Zippelius § 11 b).

3) Asmus VersR 1966, 1006, 1008 mwN.

4) S. unter I.

5) S. unter III.

geschlossen werden. Es ergibt sich somit, daß zur Erfüllung der Voraussetzungen des § 3 I LFZG die eigenhändige Unterschrift des Ausstellers notwendig ist. Eine Unvollständigkeit im Hinblick auf die Frage, was unter der Schriftform des § 3 I LFZG zu verstehen ist, ist somit nicht gegeben. Da außerdem ein Abweichen von § 126 BGB, wie gesehen, nur bei ausdrücklicher Regelung möglich ist, verbleibt es somit bei dem Erfordernis der eigenhändigen Unterschrift.

2.4.2 Vertreter und Schreibhilfe

a) Unterschrift des Vertreters

aa) Allgemeine Rechtslage

Die Rechtsprechung hat es zugelassen, daß ein Vertreter mit dem Namen des Vertretenen ohne Zusatz über das vertretungsweise Handeln wirksam unterzeichnet¹⁾. Dies wird zum Teil bereits als Gewohnheitsrecht bezeichnet²⁾. Übertragen auf die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung würde dies bedeuten, daß z.B. die Sprechstundenhilfe bei Einräumung von Vertretungsmacht durch den behandelnden Arzt die Bescheinigung mit dem Namen des Arztes unterzeichnen dürfte.

1) RGZ 74, 69; 76, 99; 81, 1, 2;
BGHZ 45, 195; zu Bedenken s.
Larenz AT § 21 I a 1.

2) Soergel-Hefermehl § 126 RN 18.

bb) Die Rechtslage nach dem LFZG

(a) Keine Vertretung durch Nichtarzt

Das LFZG bestimmt in seinem § 3 I 1 2.Hs. ausdrücklich, daß eine ärztliche Bescheinigung nachzureichen ist. Aussteller muß somit eine Arzt sein. Dies bedeutet, daß Unterschriftsleistender nur eine Person sein kann, die diese Qualifikation erfüllt. Dies gilt auch für den Vertreter. Ihm kann zwar Vertretungsmacht eingeräumt werden. Die erforderliche Arztstellung kann ihm jedoch nicht verschafft werden. Dieses besondere persönliche Merkmal muß er selbst besitzen, um Unterschriftsberechtigter zu sein.

Als Zwischenergebnis ist daher festzuhalten, daß auch der Vertreter Arzt sein muß. Es scheidet also insbesondere eine vertretungsweise gegebene Unterschrift durch die nichtärztlichen Gehilfen des Arztes aus.

(b) Keine Vertretung durch Arzt

Zusätzlich verlangt § 3 I 3 LFZG, daß der Arzt den Arbeiter behandelt haben muß. Hieraus ergibt sich, daß eine Vertretung nicht zulässig ist. Allein der behandelnde Arzt kann eine Arbeits-

unfähigkeitsbescheinigung unterschreiben. Selbst wenn in einer Praxis mehrere Ärzte zusammengeschlossen sind, kann nur der die Bescheinigung unterschreiben, der den Arbeiter behandelt. Eine Vertretung durch einen mitpraktizierenden Arzt ist nicht möglich.

(c) Überprüfung des Ergebnisses an Sinn und Zweck der Einschaltung eines Arztes

Dieses Ergebnis entspricht auch Sinn und Zweck der Einschaltung des behandelnden Arztes in das Geschehen der Erkrankung des Arbeiters. Wie bereits mehrfach ausgeführt, wird der Arzt als kompetenter Dritter in das zweiseitige Arbeitsverhältnis hineingestellt. Er soll unabhängig von den Interessen von Arbeiter und Arbeitgeber allein aufgrund seiner Sachkenntnis die Physe und Psyche des Arbeiters beurteilen. Es entspricht am ehesten dieser Position, wenn er zur Bestätigung der Authentizität die Unterschrift selbst leistet.

Damit gibt er klar zu erkennen, daß er die persönliche Erklärung objektivieren will. Die allgemeinen Grundsätze über die Unterschriftsleistung durch Vertreter gelten daher für die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nicht. Unterschriftsleistender muß stets der behandelnde Arzt sein.

b) Die Schreibhilfe

Im allgemeinen Rechtsverkehr unterscheidet man vom Vertreter, der mit fremdem Namen unterzeichnen kann, die Schreibhilfe. Diese schreibt den fremden Namen nur nieder¹⁾. Dadurch wird nach herrschender Meinung die Schriftform des § 126 BGB nicht gewahrt. Diese Rechtslage gilt auch für das LFZG.

Die in diesem Zusammenhang diskutierte Frage, ob bei Unterschriftsleistung durch einen Geschäftsfähigen zu vermuten ist, daß dieser nicht nur als Werkzeug, sondern als Vertreter eingesetzt werde, kann hier keine Rolle spielen, da oben die Unterzeichnung durch den Vertreter mit dem Namen des Vertretenen für nicht zulässig erachtet wurde.

2.5 Die Unterschrift

2.5.1 Der Name

Die Unterschrift muß mit dem Familiennamen erfolgen²⁾. Nicht ausreichend sind die Initialen des Namens und das Handzeichen³⁾. Nicht notwendig ist die Beifügung des Vornamens.

1) Staudinger-Dilcher § 126 RN 24; Förschler aaO RN 19; Krüger-Nieland aaO RN 20; Soergel-Hefermehl § 126 RN 6 jeweils mwN.

2) Staudinger-Dilcher § 126 RN 26; Förschler aaO RN 23; Krüger-Nieland aaO RN 23; Soergel-Hefermehl § 126 RN 15 f jeweils mwN.

3) Zur Abgrenzung Handzeichen/Unterschrift zuletzt BGH NJW 82, 1467.

Insoweit bietet das LFZG keine Veranlassung zu Abweichungen.

2.5.2 Lesbarkeit

Auch insoweit ergeben sich keine Veränderungen gegenüber der allgemeinen Rechtslage.

Lesbarkeit der Unterschrift ist nicht erforderlich. Der Schriftzug muß aber so beschaffen sein, daß erkennbar ist, daß er sich aus Buchstaben zusammensetzt¹⁾.

1) Staudinger-Dilcher § 126 RN 29;
Förschler aaO RN 26; Krüger-
Nieland aaO RN 25; Soergel-
Hefermehl § 126 RN 16

VI. Die Frage nach weiteren notwendigen, gesetzlich aber nicht normierten, formellen Voraussetzungen

Wie bereits ausgeführt¹⁾ verlangen § 3 I S. 1 2.Hs. und S. 3 LFZG als formelle Notwendigkeit der Erstbescheinigung eine ärztliche Bescheinigung. Dadurch wird bestimmt, daß der Arbeiter ein Schriftstück vorlegen muß, das der behandelnde Arzt unterschrieben hat. Weitere formelle Voraussetzungen nennt das Gesetz nicht. Zu fragen ist aber, ob nicht dennoch weitere formelle Erfordernisse notwendig sind.

1. Literatur

In der Literatur wird dieses Problem nicht umfassend und abschließend gelöst. Man beschränkt sich vielmehr mit der Aufzählung einzelner weiterer formeller Notwendigkeiten.

Einige Autoren verlangen²⁾, aus der Bescheinigung müsse hervorgehen, daß es sich um das Zeugnis eines Arztes handelt. Dies ist wohl so zu verstehen, daß es nicht genügt, daß der behandelnde Arzt unterschreibt. Vielmehr muß seine berufliche Stellung erkennbar sein.

Weiter findet sich das Verlangen³⁾, die Bescheinigung müsse ergeben, welcher Arzt die Arbeitsunfähigkeit festgestellt hat, diese

1) S. unter A.

2) Feichtinger I S. 83, II, S. 83; Müller/Schön aaO S. 157; Sommer/Schaub AR-Blattei aaO B II. 1. (b); Schmatz/Fischwasser C 307.

3) Brill WzS 80, 69, 70; Klages RN 199.

müsse also dessen Namen enthalten.

Gefordert wird auch¹⁾, die Bescheinigung müsse datiert sein, was nur in einem Falle²⁾ dahin-
gehend erläutert wird, daß der Tag der ärzt-
lichen Feststellung der Arbeitsunfähigkeit
genannt werden müsse.

Manche Autoren verlangen zudem, daß der
Name des Arbeiters in der Bescheinigung ge-
nannt werden müsse³⁾.

Als Gemeinsamkeit der Forderungen nach zusätz-
lichen formellen Voraussetzungen ist nur fest-
zustellen, daß sie immer ohne Angabe von
Gründen erfolgen.

2. Stellungnahme

Vorangestellt sei nochmals, daß Untersuchungs-
gegenstand die Voraussetzungen der Arbeitsun-
fähigkeitsbescheinigungen nach § 3 LFZG sind,
also die Frage, welche Merkmale eine solche
Bescheinigung aufweisen muß. Es geht also nicht
um den Problemkreis, was zusätzlich möglich und
zulässig ist.

Die Frage nach zusätzlich erforderlichen formellen
Voraussetzungen über die in § 3 I S. 1 2.Hs.
und S. 3 LFZG genannten hinaus, kann sich denk-

1) Brill WzS 80, 69, 70; Klages RN 199;
Sommer/Schaub AR-Blattei aaO B II. 1. (g);
Schmatz/Fischwasser C 308.

2) Brill aaO.

3) Brill aaO; Klages aaO; Brecht § 3 RN 12,
Feichtinger I und II S. 83; Sommer/Schaub
AR-Blattei aaO B II. 1 (c); Schmatz/
Fischwasser C 307; Feichtinger/Pohl DB Beilage
4/84 S. 2.

notwendig nur stellen, wenn, abgesehen davon, daß ein entsprechendes Bedürfnis besteht, die normierten Erfordernisse nicht abschließend sind. Erst wenn feststeht, daß diese Normen lediglich die Mindestvoraussetzungen beinhalten und weitere formelle Merkmale notwendig sind (2.1), können diese näher untersucht werden (2.2).

2.1 Die normierten Voraussetzungen als Mindestinhalt der Bescheinigung

2.1.1 Allgemeine zivilrechtliche Rechtslage

Es ist allgemeine Meinung zu § 126 BGB, der, wie gesehen, auf die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung anzuwenden ist, daß die Angabe von Ort und Zeit der Urkundenausstellung keine hierfür erforderliche Voraussetzung ist¹⁾. Es wird aber andererseits auch als unschädlich angesehen, wenn noch andere als die formbedürftigen Erklärungen in der Urkunde enthalten sind²⁾.

Die erste Aussage bringt lediglich eine Teillösung. Die zweite kann hier, bei der Frage nach zusätzlich notwendigen formellen Voraussetzungen, auf sich beruhen.

Eine bloße Übertragung allgemeiner Zivilrechtsregeln ist daher nicht möglich.

1) Förschler aaO RN 7; Staudinger-Dilcher § 126 RN 13; Palandt-Heinrichs § 126 Anm. 2 b.

2) Förschler aaO.

2.1.2 Die Frage nach den genannten Voraussetzungen als Mindestanforderung

a) Andere Formmerkmale sind denkbar

Das LFZG selbst legt nur die Unterschriftenform fest. Was dadurch normiert wurde, ist bereits¹⁾ dargelegt worden. All dies berührt jedoch allein dieses spezielle Formanforderung.

Zusätzliche formelle Voraussetzungen, die wie gesehen vorstellbar sind und als notwendig erachtet werden, sind davon nicht berührt. Sie haben mit dem Regelungsgegenstand Unterschriftenform nichts zu tun.

b) Das LFZG stellt nur ein Mindestanforderung auf

aa) Literatur

In der Literatur wird vielfach davon ausgegangen, § 3 I S. 1 2.Hs. und S. 3 LFZG legen lediglich einen Mindestinhalt fest²⁾. Hierbei wird zum einen meist nicht zwischen formellen und materiellen Anforderungen unterschieden. Zudem wird niemals eine Begründung für diese Ansicht gegeben.

bb) Wertung

(a) Der Wortlaut des § 3 I S. 1 2.Hs. und S. 3 LFZG

1) S. unter V.

2) Schmatz/Fischwasser C 307; Sommer/Schaub AR-Blattei aaO B II. 1.; Feichlinger I und II S. 83; Klages RN 199; Brilli WZS 80, 69, 70.

Ausgangspunkt für die Untersuchung der Frage muß der Wortlaut des § 3 I S. 1 2.Hs. und S. 3 LFZG sein.

Dieser enthält jedoch hinsichtlich der Textgestaltung keinen Anhaltspunkt dafür, ob die genannte formelle Voraussetzung "ärztliche Bescheinigung" das Erfordernis ist, das mindestens erfüllt sein muß, oder ob damit alle Anforderungen abschließend genannt sind. Er legt allein die Pflicht zum Nachreichen der Bestätigung fest ("Der Arbeiter ist verpflichtet, ... eine ärztliche Bescheinigung nachzureichen") ohne auch nur andeutungsweise zu erkennen zu geben, ob es damit sein Bewenden hat. Der Textgestaltung ist aber auch kein Hinweis im Hinblick auf eine Ausschließlichkeitsfunktion zu entnehmen. Sie ist daher hinsichtlich des hier behandelten Problemkreises als offen zu bezeichnen.

Anknüpfungspunkt könnte jedoch die Wahl des Ausdrucks "Bescheinigung" selbst sein. Denn das Gesetz verpflichtet den Arbeiter nicht, "dem Arbeitgeber die Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer unverzüglich anzuzeigen und vor Ablauf des dritten Kalendertages nach Beginn der Arbeitsunfähigkeit" dieses schriftlich von einem Arzt bestätigen zu lassen, sondern verlangt das Nachreichen einer Bescheinigung. Dies

könnte ein Hinweis auf eine Mehranforderung gegenüber dem bloßen Schriftformerfordernis sein. Man könnte argumentieren, hätte das LFZG nur jenes normieren wollen, hätte es sich der oben angeführten Formulierung bedienen können; es hat jedoch den Begriff Bescheinigung eingeführt. Wie jedoch bereits ausgeführt¹⁾, bedeutet Bescheinigung ein Schriftstück, mit dem etwas bestätigt oder quittiert wird. Der aufgeworfene Gedanke ist deshalb nicht tragfähig. Es bleibt daher dabei, daß der Wortlaut zur Problemlösung nichts beiträgt.

(b) Die Lösung aus Sinn und Zweck der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung

Die Notwendigkeit weiterer formeller Erfordernisse ist jedoch leicht einzusehen. Ließe man es genügen, daß ein Schriftstück vorgelegt wird, das von dem behandelnden Arzt lediglich unterschrieben wurde, so fehlte jeder Bezug zu der Person, auf die sich dieses bezieht, und zu der Person, von der die Unterschrift stammt. Dieses Fehlen der Verbindung zu dem von dem Schriftstück Betroffenen und dem Unterschreibenden ist insbesondere im Hinblick

1) S. unter I. 2.1.

auf Sinn und Zweck der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nicht hinnehmbar. Sowohl die Nachweis- als auch die Bestätigungsfunktion verlangen einen deutlichen Bezug zu dem konkreten Arbeiter und eine Verifizierung der Unterschrift. Nur dann kann die Krankheit eines bestimmten Arbeiters als durch einen bestimmten Arzt bestätigt und nachgewiesen gelten. Die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ist daher (zumindest) nur dann brauchbar, wenn Aussteller und Betroffener hieraus irgendwie faßbar sind.

Schon diese kurze Betrachtung unter Berücksichtigung des Sinngehalts der Bescheinigung zeigt, daß es richtig ist, in § 3 I S. 1 2.Hs. und S. 3 LFZG lediglich die Normierung eines Mindestanfordernisses zu sehen. Weitere formelle Voraussetzungen sind also notwendig, wenn die Bescheinigung ihren Sinn und Zweck erfüllen soll.

2.2 Die zusätzlich erforderlichen formellen Voraussetzungen

Die oben genannten, in der Literatur geforderten zusätzlichen formellen Voraussetzungen decken ein großes Feld der überhaupt in Betracht zu ziehenden ergänzend notwendigen Formalien ab. Denn sie betreffen den Aussteller, die Bescheinigung als solche und den von ihr betroffenen Arbeiter.

Zu prüfen ist daher, ob nach Sinn und Zweck der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung in diesen drei und dem Empfängerbereich die geforderten und evtl. noch weitere Voraussetzungen notwendig sind.

2.2.1 Zusätzliche Erfordernisse im Hinblick auf den Aussteller der Bescheinigung

a) Die Erkennbarkeit der Ausstellerfunktion

aa) Die Notwendigkeit dieses Zusatz- erfordernisses

Die Bescheinigung muß vom behandelnden Arzt unterschrieben werden. Wie dargestellt¹⁾ genügt hierzu die Unterzeichnung mit dem Familiennamen. Ob der Unterschriftleistende Arzt ist und zudem den Arbeiter behandelt hat, läßt sich der dem Arbeitgeber vorgelegten Bescheinigung, die lediglich dem Schriftformerfordernis unterliegt, nicht entnehmen.

Zweck jeder Unterschrift ist es, die Authentizität des niedergeschriebenen Textes zu bestätigen²⁾. Bei der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung muß im Hinblick auf deren Sinn und Zweck dieser Text von einer beruflich in ganz bestimmter Weise qualifizierten Person stammen. Die Unterschrift mit dem Familiennamen führt lediglich zur Feststellung der

1) S. unter III. 3.3.

2) Statt vieler Staudinger-Dilcher
§ 126 RN 12.

subjektiven Authentizität, d.h. der Persönlichkeit des Ausstellers. Die wegen der Qualifizierung des Ausstellers erforderliche objektive Echtheit läßt sich einer solchen Unterschrift nicht entnehmen. Im Hinblick darauf genügt daher die Unterschrift im Sinne des § 126 BGB nicht. Nachweis- und Bestätigungsfunktion verlangen die Erkennbarkeit der Ausstellerfunktion.

bb) Die praktische Durchführung

Die zitierte Literatur¹⁾ nennt keine Lösung. Als notwendiger Ausgangspunkt ergibt sich aus dem oben Gesagten jedoch, daß erkennbar sein muß, daß die Erklärung vom behandelnden Arzt stammt. Aus der Bescheinigung muß deshalb zweierlei hervorgehen.

(a) Die Ausstellerfunktion Arzt

Zum einen muß sich ergeben, daß der Aussteller Arzt ist. Hierfür ist wohl die Anbringung eines speziellen Hinweises hierauf erforderlich. Zu denken ist im Hinblick auf eine möglichst einfache Handhabung an die maschinenschriftliche Beifügung des Begriffs "Arzt" bei der Unterschrift oder an einen entsprechenden Stempelaufdruck. Die Beifügung des Doktor-

1) S. unter 1.

titels genügt nicht, da, wie gesehen¹⁾, die Approbation das entscheidende Kriterium ist und nicht der Erwerb eines wissenschaftlichen Grades.

(b) Die Ausstellerfunktion behandelnder Arzt

Zum anderen muß sich aus der Urkunde ergeben, daß der unterzeichnende Arzt den Arbeiter behandelt hat. Der Text müßte deshalb irgendwie zum Ausdruck bringen, daß derjenige, auf den dieser sich bezieht, vom Unterschreibenden behandelt wurde.

Eine Erklärung kann aber auch schlüssig abgegeben werden. In jeder Ausstellung einer Bescheinigung ist die konkludente Erklärung zu sehen, daß der Arzt den betreffenden Arbeiter behandelt hat. Der Arzt kennt die Notwendigkeit der Behandlung und rechnet auch damit, daß die Ausstellung einer Bescheinigung entsprechend gewürdigt wird. Denn die Fehlerhaftigkeit der Ausstellung einer Bescheinigung ohne vorausgegangene Untersuchung ist nicht erst seit der Entscheidung des BAG vom 11.8.1976²⁾ bekannt³⁾. Auch § 21 I 2.Hs. BMV-Ä⁴⁾

1) S. unter IV. 2.1.1

2) DB 1977, 119.

3) LAG Hamm vom 9.3.1971 EEK I/143;
LAG Baden-Württemberg vom 23.4.1975
LLK I 537.

4) Entspricht § 12 des BMV-Ä vom 1.10.1959.

verlangt, "daß die Arbeitsunfähigkeit nur aufgrund einer ärztlichen Untersuchung bescheinigt werden" darf. Diese medizinische Erfahrungsregel¹⁾, die auch dann gilt, wenn der Arbeiter einen Nichtkassenarzt aufsucht²⁾, muß somit bei jedem Arzt als bekannt vorausgesetzt werden.

Es kann daher ohne weiteres in jeder Bescheinigung die oben genannte Erklärung als enthalten angesehen werden.

b) Die Nennung von Namen und Adresse des Arztes

aa) Die Notwendigkeit dieses Zusatzerfordernisses

Ausgangspunkt auch für die Beantwortung dieser Frage ist der Umstand, daß aufgrund des § 3 I S. 1 2.Hs. LFZG in Verbindung mit § 126 BGB lediglich eine Unterzeichnung mit dem Familiennamen erfolgt.

Da der Arbeiter Namen und Adresse des die Bescheinigung ausstellenden Arztes kennt, kann nur das Interesse des Empfängers, also des Arbeitgebers, an der Kenntnis dieser Umstände zu deren ausdrücklicher Nennung in der Bescheinigung veranlassen. Es ist daher zunächst zu untersuchen, warum diesem an der Aufnahme dieses Zusatzerfordernisses

1) Sommer/Schaub AR-Blattei aaO B II. 4 b).

2) BAG aaO.

etwas gelegen sein könnte. Dann ist zu fragen, ob diese Interessenlage überhaupt schützenswert ist und somit auch von Sinn und Zweck der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung getragen werden kann, so daß hieraus trotz des offenen Wortlautes des § 3 I 1 2.Hs. LFZG eine entsprechende formelle Notwendigkeit zu bejahen ist.

(a) Die Authentizität ist feststellbar

Vorauszuschicken ist, daß sich wie bereits ausgeführt die subjektive Authentizität und somit der Name des Arztes (bei Lesbarkeit) der Unterschrift entnehmen läßt. Dies ist aber eine allgemeine Folge jeder Unterschriftsleistung und trägt daher hier nichts zur Problemlösung bei. Untersucht wird, ob eine zusätzliche Kennzeichnung durch ausdrückliche Nennung des Namens des Arztes erforderlich ist.

(b) Das Interesse des Arbeitgebers an der ausdrücklichen Nennung von Namen und Adresse des Arztes

Ein besonderes Interesse des Arbeitgebers an der Kenntnis von Namen und Adresse des Arztes, das aus seiner Sicht dessen ausdrückliche Nennung in der Bescheinigung rechtfertigen würde, kann nur in zwei Fällen von besonderer Bedeutung sein.

Zum einen wird es dem Arbeitgeber darum gehen, "vorbelastete" Ärzte als Aussteller festzustellen. Dies sind solche Mediziner, die (aus Arbeitgebersicht) vermeintlich leichtfertig krankschreiben, also schon bei geringsten Beschwerden oder ohne nähere Untersuchung etc..

Zum anderen könnte sich der Arbeitgeber vorstellen, bei irgendwelchen Zweifeln Rückfrage beim Arzt nehmen zu wollen.

(c) Die Frage nach der Berücksichtigungsfähigkeit dieser Interessen

Wie ausgeführt, ist zunächst zu untersuchen, ob die gefundene Interessenlage als solche schützenswert ist, um dann im Fortgang der Untersuchung im Rahmen von Sinn und Zweck der Bescheinigung selbst berücksichtigt werden zu können.

Das Interesse des Arbeitgebers, "vorbelastete" Ärzte sofort bei Erhalt der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung als Aussteller feststellen zu können, ist zwar im Hinblick darauf, nicht grundlos in Anspruch genommen zu werden, sicherlich verständlich und beachtenswert. Jedoch wird dieses generelle Vermögensinteresse nicht von Sinn und Zweck der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung in einem Umfang getragen, der eine Fixierung des Namens des Arztes in der Bescheinigung notwendig

macht. Denn die Tatsache allein, daß ein "vorbelasteter" Arzt eine Bescheinigung ausgestellt hat, berührt deren Beweiswert noch nicht. Zu dessen Erschütterung sind vielmehr ernsthafte und objektiv begründete Zweifel an dem tatsächlichen Bestehen der Arbeitsunfähigkeit im Einzelfall¹⁾ erforderlich. Ohne solche hat der Arbeiter mit der Vorlage der Bescheinigung seine persönliche Krankmeldung bestätigt und seine Arbeitsunfähigkeit nachgewiesen, also Sinn und Zweck der Bescheinigung erfüllt. Daher kann nicht behauptet werden, diese würden die Angabe des Namens des Arztes verlangen.

Es ist daher festzuhalten, daß das Arbeitgeberinteresse, "vorbelastete" Ärzte festzustellen, nicht dazu führt, die Namensangabe des Arztes als nach Sinn und Zweck der Bescheinigung notwendiges Merkmal festzustellen.

Da der Arzt in der Bescheinigung die Arbeitsunfähigkeit bestätigt und deren Dauer angibt, kann eine Rückfrage durch den Arbeitgeber nur die ärztliche Diagnose betreffen. Um dies zu ermöglichen, müßte in der Bescheinigung der Namen des Arztes genannt sein. Frage ist auch hier, ob unter diesem Gesichtspunkt das Interesse des Arbeitgebers schützenswert

1) Statt vieler BAG vom 11.8.1976
DB 1977, 119.

ist und gemäß Sinn und Zweck der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung zu einem weiteren notwendigen formellen Erfordernis führt. Es ist jedoch allgemein anerkannt, daß der Arbeitgeber grundsätzlich keinen Anspruch darauf hat, die Diagnose zu erfahren¹⁾. Daher fehlt es nicht nur an einem generellen schützenswerten Interesse des Arbeitgebers auf Kenntniserlangung der Diagnose, sondern als Folge hiervon auch an einem beachtenswerten Interesse auf Wissen um den Namen des Arztes zur Erlangung dieser Kenntnis. Dieser Gesichtspunkt darf daher auch im Rahmen der Abwägung von Sinn und Zweck der Bescheinigung nicht berücksichtigt werden.

Daß in engen Ausnahmefällen ein schützenswertes Interesse des Arbeitgebers an der Kenntniserlangung hinsichtlich der Diagnose zu bejahen ist, muß weder zwingend zur Anerkennung eines entsprechenden schützenswerten Interesses auf Kenntnis des Namens des Arztes führen, noch dazu, immer als Voraussetzung einer Bescheinigung im Sinne des § 3 I LFZG die Nennung des Arztnamens zu verlangen.

Bejaht man ein Interesse an der Kenntnis hinsichtlich der Art der Erkrankung, so hat dies mit dem Umstand, wer diese festgestellt hat, keinen unmittelbaren Zusammenhang. Zudem vermag die Anerkennung

1) Doetsch/Schnabel/Paulsdorff § 3 RN 15;
Sommer/Schaub AR-Blattei aaO B II. 3;
Kaiser § 3 RN 19; s. a. B. IV. 3.1.

des Interesses im Einzelfall nicht zu erklären, warum deshalb generell die Namensangabe erforderlich sein soll. Schon diese kursorische Betrachtung zeigt, daß das Ergebnis, daß auch aus dem hier untersuchten Gesichtspunkt kein weiteres formelles Erfordernis erwächst, bestehen bleibt.

c) Die Nennung der Kassenarztzulassung

In das Umfeld Feststellung von "belasteten" Ärzten und Rückfragemöglichkeit könnte auch die noch nie aufgeworfene Frage gehören, ob sich aus der Bescheinigung ergeben muß, daß der Arzt Kassen- oder Nichtkassenarzt ist. Dies eventuell im Hinblick darauf, daß dem Arbeitgeber die Möglichkeit eingeräumt ist, bei der Krankenkasse auf eine vertrauensärztliche Untersuchung hinzuwirken¹⁾, wenn er begründete Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit zu haben glaubt.

Diese Mitwirkung der gesetzlichen Krankenkasse (§ 369 b I Nr. 2.3 Alt. RVO) und Ersatzkassen (§ 507 III RVO) ist jedoch von der Stellung des Arztes zu ihnen unabhängig. Die Verpflichtungsnorm enthält insoweit keine Beschränkung auf Kassenärzte. Das Mitwirken

1) Schatz/Fischwasser C 318; Brecht § 3 RN 21; Feichtinger I S. 90, II S. 91; Sommer/Schaub AR-Blattei aaO B III. 3 b; Brill WzS 1980, 69, 73; Jöns C 230 jeweils mwN und Ausführungen zum Problem eines formellen Antragsrechts für den Arbeitgeber; beachte aber die neue Rechtslage aufgrund des Haushaltsbegleitgesetzes vom 17.12.1982 (BGBl I S. 1890); s. hierzu Becker DBP 1983, 1263 ff.

hängt daher vielmehr allein davon ab, ob der Arbeiter zum versicherten Personenkreis gehört¹⁾.

Dem Arbeitgeber kann daher mangels Erheblichkeit kein Interesse an der Aufnahme eines Vermerks über die Kassenzulassung des Arztes zugesprochen werden. Ein entsprechendes Formerfordernis besteht daher für die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nicht.

d) Die Nennung der Fachrichtung des Arztes

In demselben Problemkreis ist auch die bisher weder in Literatur noch Rechtsprechung behandelte Frage anzusiedeln, ob sich aus der Bescheinigung ergeben muß, welcher Fachrichtung der Arzt angehört, d.h. also ob er Facharzt für innere Krankheiten, Chirurg oder sonstwie spezialisierter Arzt ist. Dies könnte jedoch überhaupt nur von einiger Relevanz sein, wenn der Arbeitgeber auch die Diagnose erfahren könnte. Denn dann könnte eine Verbindung zwischen dem Spezialwissen des Arztes und der diagnostizierten Krankheit gezogen werden. Daß der Arbeitgeber die festgestellte Krankheit nicht erfährt, wurde bereits dargelegt²⁾. Zudem sei daran erinnert, daß eine Erschütterung des Beweiswertes einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nur eintritt bei Vortrag ernsthafter und objektiv begründeter Zweifel im

1) S.a. den mittelbaren Hinweis bei Schmatz/Fischwasser C 317.

2) S. unter 2.2.1 b) aa) (c).

Einzelfall an dem tatsächlichen Bestehen der Arbeitsunfähigkeit¹⁾.

Die Nennung der Fachrichtung des Arztes ist daher keine Notwendigkeit der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung.

2.2.2 Zusätzliche Erfordernisse im Hinblick auf die Bescheinigung selbst

a) Bezeichnung als Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung

Im Hinblick auf die Bescheinigung selbst ist zunächst die Frage zu stellen, ob diese als Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung bezeichnet, dieser Begriff also auf dem Schriftstück genannt sein muß. Diese Frage wurde bisher nirgendwo angesprochen.

aa) Die gesetzliche Bestimmung

Die Vorschrift des § 3 I S. 1 2.Hs. und S. 3 LFZG verpflichtet zur Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung. Eine Pflicht, diese auch als solche zu bezeichnen, wird nicht statuiert. Hierzu sei nochmals auf das bereits behandelte Schriftformerfordernis verwiesen²⁾.

bb) Begründung eines derartigen Formerfordernisses aus Sinn und Zweck der Bescheinigung

Sinn und Zweck der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, nämlich die persönliche Krankmeldung

1. S. unter 2.2.1 b) aa) (c.).

2. S. unter I. und III.

des Arbeiters im Sinne einer sicheren Information zu bestätigen und der Nachweis der Arbeitsunfähigkeit, erfordern keine entsprechende Bezeichnung des vorgelegten Schriftstücks. Es kommt vielmehr ausschließlich darauf an, daß aus der Bescheinigung selbst objektiv erkennbar ist, daß eine solche im Sinne des § 3 LFZG vorliegt. Denn mit der Aufschrift wird der Arbeitgeber weder sicherer, im Sinne von Über die Inhaltsvoraussetzungen hinaus, informiert, noch trägt diese zum Nachweis der Arbeitsunfähigkeit zusätzlich etwas bei. Die ausdrückliche Bezeichnung dient lediglich der schnelleren Erkennbarkeit, ein Umstand, der vielleicht der Erleichterung der bürotechnischen Behandlung dient, aber von Sinn und Zweck einer solchen Bescheinigung nicht gefordert wird.

Die Bezeichnung als Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ist somit nicht notwendiges Erfordernis einer Bescheinigung im Sinne von § 3 I 1 2.Hs. LFZG.

b) Datierung der Bescheinigung

Wie bereits ausgeführt¹⁾, verlangen einige Autoren, daß die Bescheinigung datiert sein müsse.

Dies wird in einem Fall²⁾ dahingehend erläutert, daß der Tag der ärztlichen Feststellung der Arbeitsunfähigkeit genannt sein müsse.

1) S. unter 1.

2) Brill aaO.

Das Verlangen nach dem Datum bezieht sich demgegenüber bei den anderen Autoren auf die Ausstellung der Bescheinigung. Dies auch dann, wenn es ohne entsprechende Erklärung geschieht¹⁾, da das Datum insoweit immer im Zusammenhang mit der Unterschrift verlangt wird.

aa) Angabe des Tages der Ausstellung der Bescheinigung

(a) Die gesetzliche Normierung

Aus der Vorschrift des § 3 I S. 1 2.Hs. und S. 3 LFZG ist ein entsprechendes Erfordernis nicht zu entnehmen. Es wurde aber bereits darauf hingewiesen²⁾, daß nach der hier anwendbaren Norm des § 126 BGB die Angabe der Zeit der Urkundenausstellung keine Voraussetzung einer wirksamen Errichtung darstellt.

(b) Frage nach abweichender Beurteilung aufgrund lohnfortzahlungsrechtlicher Besonderheiten

Besonderheiten des Lohnfortzahlungsrechts könnten dazu führen, die wirksame Ausstellung einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung von der Angabe der Zeit

1) Sommer/SchauB aa0; Schmatz/Fischwasser aa0.

2) S. unter 2.1.1.

ihrer Errichtung abhängig zu machen.

Nachzureichen hat der Arbeiter wie bereits mehrfach ausgeführt ein Schriftstück, mit dem der behandelnde Arzt die Arbeitsunfähigkeit bestätigt. Auch und gerade hier, wo die Person des Ausstellers eine so tragende Rolle spielt, soll die Normierung des Schriftformerfordernisses nur die Authentizität des Niedergeschriebenen darlegen. Die Angabe der Zeit der Abfassung spielt hierfür keine Rolle. Besonderheiten der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung führen daher nicht zu einem von § 126 BGB abweichenden Ergebnis.

Als Lösung ist daher festzuhalten, daß die Angabe des Tages der Ausstellung der Bescheinigung nicht erforderlich ist.

bb) Die Angabe des Tages der ärztlichen
Feststellung der Arbeitsunfähigkeit

(a) Die gesetzliche Normierung

Den einschlägigen Vorschriften der §§ 3 I S. 1 2.Hs., S. 3 LFZG und 126 BGB kann die Notwendigkeit der Angabe des Tages, an dem der Arzt die Arbeitsunfähigkeit festgestellt hat, nicht entnommen werden. Beide normieren in formeller Hinsicht lediglich das Schriftformerfordernis.

(b) Die Frage nach der Notwendigkeit
aufgrund des Lohnfortzahlungsrechts

Die Bescheinigung muß Angaben über die Dauer der Arbeitsunfähigkeit enthalten¹⁾. Hierbei stellt sich die Frage, ob sich aus der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nicht auch der Tag ergeben muß, an dem diese Arbeitsunfähigkeit vom Arzt festgestellt wurde.

Die aufgeworfene Frage läßt sich nicht mit dem Problemansatz lösen, ob Zweifel an dem tatsächlichen Bestehen der Arbeitsunfähigkeit trotz vorgelegter Bescheinigung zu einer Rückkoppelung dahingehend führen, daß entsprechende Merkmale in die Bescheinigung aufzunehmen sind, um die Zweifel von vorneherein auszuschließen. Denn die in Rechtsprechung und Literatur anerkannten Zweifel bei einer Rückdatierung des Tages der ärztlichen Feststellung²⁾ gehen von der Voraussetzung aus, daß der Arbeitgeber den Tag der Feststellung und den des Beginns der Arbeitsunfähigkeit kennt. Es kann also nicht als Lösungsweg angegeben werden, daß Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit bestehen und im Wege

1) S. unter B. II.

2) LAG Hamm 15.8.1978 NJW 1979, 616 = EEK I/658; ArbG Kiel 18.4.1979 BB 1979, 1664; LAG München 29.3.1976 ARSt 1977 S. 95; Weiland BB 1979, 1096.

der Rückkoppelung daher der Tag der Feststellung in die Bescheinigung aufgenommen werden muß.

Die Frage kann somit nur mit Hilfe eines anderen Lösungsweges, ohne Rückkoppelung durch das Abstellen auf den Regelungszusammenhang beantwortet werden. Entscheidend ist, ob Sinn und Zweck der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, hier natürlich unter Beachtung der speziellen Interessen des Arbeitgebers, da der Arbeiter die notwendige Kenntnis hat, zu einem unverzichtbaren Erfordernis führen.

Die Bescheinigung muß vom behandelnden Arzt stammen, was oben¹⁾ dahingehend ausgelegt wurde, daß dieser diagnostisch und therapeutisch tätig sein muß. Die Diagnose setzt aber eine vorangegangene Untersuchung voraus.

Der Arbeitgeber sieht sich nun immer wieder dem Problem gegenüber, daß der Arbeiter seine Krankheit nicht rechtzeitig nachweist, dann aber eine "rückdatierte" Bescheinigung, d.h. für die Zeit vor der Inanspruchnahme des Arztes, also ohne vorangegangene Untersuchung, beibringt.

1) S. unter IV. 2.2.

Hier gewinnen auch die Regeln des § 21 BMV-Ä Bedeutung, die wie bereits ausgeführt¹⁾ medizinische Erfahrungsregeln darstellen und somit auch im Verhältnis Arbeitgeber - Arbeiter zu beachten sind. Nach dessen Absatz 3 besteht der Grundsatz, daß Arbeitsunfähigkeit vor der ersten Inanspruchnahme des Arztes nicht bescheinigt wird. Die begrenzt mögliche Ausnahme erfordert eine gewissenhafte Prüfung.

Dem Arbeitgeber ist bei dieser Sach- und Rechtslage ein besonderes, schützenswertes Interesse an der Kenntnis des Tages der ärztlichen Feststellung zuzusprechen. Dies macht dessen Aufnahme in die Bescheinigung notwendig. Das Auseinanderfallen von Beginn der Arbeitsunfähigkeit und dem Tag der Feststellung ist, wie gesehen, der Ausnahmefall. Dies findet auch dadurch Ausdruck, daß der Beweiswert einer rückdatierten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung von vorneherein beeinträchtigt ist. Sinn und Zweck der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ist aber nicht die Bestätigung der persönlichen Krankmeldung und der Nachweis der Arbeitsunfähigkeit lösgelöst von den näheren Umständen der Kenntniserlangung durch deren Aussteller. Dies zeigt ja gerade die Einschaltung

1) S. unter I. 3.3.2.

des behandelnden, diagnostizierenden, untersuchenden Arztes. Insbesondere auch im Hinblick auf das Ergebnis der unterschiedlichen Beweiswertigkeiten, verlangen daher Sinn und Zweck die Angabe der Formen der ärztlichen Tatsachenermittlung.

Als Resultat ist daher festzuhalten, daß die Angabe des Tages der ärztlichen Feststellung notwendig ist.

2.2.3 Weitere Erfordernisse im Hinblick auf den von der Bescheinigung betroffenen Arbeiter

a) Die Kennzeichnung des betroffenen Arbeiters durch Angabe persönlicher Daten

aa) Blick auf die einschlägigen Gesetzesbestimmungen

Wie bereits mehrfach ausgeführt, normieren die Vorschriften der §§ 3 I S. 1 2.Hs., S. 3 LFZG und 126 BGB lediglich das Schriftformerfordernis. Sie enthalten somit keine weiteren formellen Anforderungen an die Bescheinigung.

Insbesondere kann aus dem Umstand, daß § 3 I S. 1 2.Hs. LFZG eine Verpflichtung für den Arbeiter normiert, nicht die Notwendigkeit dessen näherer Bezeichnung entnommen werden. Die Gesetzesformulierung zeigt eindeutig, daß hierin eine materielle Bestimmung gesehen wird.

bb) Problemlösung aus dem Regelungszusammenhang und Sinn und Zweck

Mit der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung will und muß der Arbeiter seine subjektive Krankmeldung bestätigen und die Voraussetzungen seines Lohnfortzahlungsanspruchs nachweisen. Sie ist somit auf eine ganz bestimmte Person fixiert, also personenbezogen. Dies muß sich auch auf irgendeine Weise manifestieren.

Andererseits ist auch das Interesse des Arbeitgebers an der Gewißheit darüber, welcher seiner Arbeitnehmer betroffen ist, zu beachten. Der Arbeitgeber muß wissen, welchen Arbeiter der Arzt untersucht hat, also auf wen sich die Bescheinigung bezieht. Nur dann kann der Arbeiter mit deren Vorlage seine vorherige Krankmeldung erhärten und seinen Lohnfortzahlungsanspruch geltend machen.

Zu fragen ist nun, wie diese Verbindung zwischen der Bescheinigung und dem von ihr betroffenen Arbeiter beschaffen sein muß. Zu denken ist hierbei insbesondere an die häufige Fallgestaltung, daß die Bescheinigung nicht von einer zu dem Arbeiter in näherem Bezug stehenden Person überbracht, sondern mit der Post dem Arbeitgeber übersandt wird. Der Arbeiter muß die Bescheinigung seines behandelnden Arztes beibringen. Dieser muß also hinter ihr stehen. Dies gilt auch hinsichtlich des Umstandes,

wer von ihr betroffen ist. Der Arzt muß deshalb die persönlichen Daten des bei ihm Erschienenen abfragen und als Folge des Schriftformerfordernisses in der Bescheinigung selbst festhalten.

Sinn und Zweck machen es daher notwendig, daß die Bescheinigung immer der Kennzeichnung des von ihr betroffenen Arbeiters bedarf.

cc) Umfang der Kennzeichnung

Sinn und Zweck der Bescheinigung legen auch den Umfang der Kennzeichnung des betroffenen Arbeiters in persönlicher Hinsicht fest.

Um den notwendigen Bezug zwischen Bescheinigung und Betroffenen herzustellen, ist zumindest die Angabe von dessen Vor- und Familiennamen erforderlich. Fraglich ist, ob eine weitere, detailliertere Bezeichnung notwendig ist, ob also auch die ansonsten bei Urkunden verwandten Kennzeichnungsmerkmale Adresse und Geburtsdatum aufzuführen sind.

Einerseits ist zu unterstellen, daß der Arbeitgeber das Fehlen eines seiner Arbeitnehmer sofort bemerkt. Trifft dann bei ihm eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ein, die den Namen des betroffenen Arbeiters enthält, kann er im Regelfall den Bezug zwischen einem seiner fehlenden Mitarbeiter und der

übersandten Bescheinigung herstellen.

Es ist aber andererseits nicht zu verkennen, daß trotzdem eine gewisse Unsicherheit verbleibt. Zu denken ist insbesondere an Namensgleichheiten und ganz allgemein an Großbetriebe. Umgekehrt wird das Interesse des Arbeiters am Schutz seiner Personendaten nicht unzulässig berührt. Diese sind dem Arbeitgeber ja bekannt. Sie sollen nur zu seiner Identifizierung eingesetzt werden.

Als dritter Gesichtspunkt sei nochmals herausgestellt, daß es sich bei der Krankenschreibung um eine Massenerscheinung handelt, so daß ein Abstellen auf den Einzelfall nicht möglich ist.

Aus all dem ergibt sich, daß dem aus Sinn und Zweck der Bescheinigung abgeleiteten Gebot, einen eindeutigen Bezug zwischen dieser und dem hiervon betroffenen Arbeiter herzustellen, keine tragenden Bedenken entgegenstehen. Dies führt dazu, die üblichen Kennzeichnungsmerkmale Adresse und Geburtsdatum als notwendige Voraussetzungen festzuhalten.

b) Die Frage nach der Kennzeichnung des betroffenen Arbeiters in arbeitsrechtlicher und sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht

Innerhalb des hier angesprochenen Problemkreises ist die Frage zu erörtern, ob der Arbeiter in

der Bescheinigung auch hinsichtlich seiner ausgeübten Tätigkeit und seiner sozialversicherungsrechtlichen Stellung näher zu bezeichnen ist.

Daß auch für diese Fragestellung den einschlägigen Gesetzesbestimmungen nichts zu entnehmen ist, sei unter Verweis auf deren mehrfache Untersuchung¹⁾ ausdrücklich festgestellt.

aa) Nähere Bezeichnung der zu verrichtenden Tätigkeit

Für die Aufnahme der vom Arbeiter zu verrichtenden Tätigkeit besteht insofern keine Notwendigkeit, als sowohl Arbeiter als auch Arbeitgeber hierum wissen. Die Nennung mit dem Ziel der Kenntniserlangung beim Arbeitgeber ist daher nicht erforderlich.

Fraglich ist jedoch, ob sich dieses Erfordernis nicht aus einem anderen Gesichtspunkt ergibt. Arbeitsunfähigkeit ist gegeben, wenn der Arbeiter durch ein Krankheitsgeschehen außer Stande gesetzt wird, die ihm nach dem Inhalt des Arbeitsverhältnisses obliegende Arbeit zu verrichten, oder wenn er die Arbeit nur unter der Gefahr fortsetzen könnte, in absehbarer Zeit seinen Zustand zu verschlimmern²⁾. Es gibt

1) S. unter a) aa).

2) Statt vieler BAG vom 14.1.1972 AP Nr. 12 zu § 1 LFZG.

also keine eingeschränkte Arbeitsfähigkeit¹⁾. Die Arbeitsunfähigkeit wird nicht durch die Möglichkeit ausgeschlossen, daß der Arbeiter durch eine andere Berufstätigkeit einen Erwerb finden kann. Hieraus ergibt sich die besondere Bedeutung der zu verrichtenden Tätigkeit. Zu fragen ist deshalb, ob deren Aufnahme in die Bescheinigung nicht deshalb geboten ist, um dem Arbeitgeber die Kontrolle zu ermöglichen, daß der Arbeiter dem Arzt die wirklich von ihm ausgeübte Tätigkeit genannt hat.

Der Lösungsweg hierfür könnte sich parallel zu demjenigen für die Notwendigkeit der Angabe der persönlichen Daten ergeben. Die Bescheinigung ist nicht nur auf eine ganz bestimmte Person fixiert, sondern wie sich aus dem oben Dargestellten ergibt auch auf die Unfähigkeit, eine bestimmte Tätigkeit zu verrichten. Die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ist also sowohl personenbezogen als auch tätigkeitsbezogen.

Der Arbeiter will mit dieser seine Krankmeldung objektivieren und seinen Lohnfortzahlungsanspruch nachweisen. Dies bedeutet ein Abstellen auf einen ganz konkreten Fall. Dieser Begriff ist doppelschichtig. Der Arbeiter muß nicht nur seine Krankmeldung bestätigen und seinen Lohnfortzahlungsanspruch nachweisen lassen. Er muß auch

1) S. hierzu SZ 12.4.1983 S. 2.

seine der Krankmeldung zugrundeliegende Unfähigkeit zur Verrichtung der ihm übertragenen Tätigkeit bestätigen und nachweisen lassen. Die Bescheinigung verlangt daher nach einem persönlichen und sachlichen Bezugspunkt.

Auch die Wertung von Sinn und Zweck unter dem Blickwinkel der Arbeitgeberinteressen führt zu diesem Ergebnis. Für die Bestätigung und den Nachweis ist es im Hinblick auf das zu beachtende Interesse des Arbeitgebers, daß die dem Arzt an die Hand gegebenen Umstände den Tatsachen entsprechen, nicht nur notwendig, daß dieser den Arbeiter in der Bescheinigung mit Hilfe seiner persönlichen Daten beschreibt. Es ist vielmehr auch erforderlich, daß der Arzt die ihm vom Arbeiter genannte Tätigkeit festhält. Denn Bestätigung der Krankmeldung bedeutet auch Bestätigung der infolge einer Erkrankung gegebenen Unfähigkeit zur Tätigkeitsverrichtung. Und Nachweis bedeutet im Hinblick auf die Anspruchsnorm des § 1 I LFZG ebenfalls Abstellen auf die Unfähigkeit, die Tätigkeitsverpflichtung zu erfüllen. Genauso wie der Arzt die Verbindung zwischen Bescheinigung und Arbeiter in persönlicher Hinsicht herstellen muß, damit dem Arbeitgeber insoweit Gewißheit entsteht, muß jener auch hinsichtlich der Tätigkeit den Bezug vermitteln, damit dem Arbeitgeber erkennbar ist, daß der Arzt von den

richtigen Grundlagen aus seine Entscheidung getroffen hat. Nur dann kann die Bescheinigung ihren Sinn und Zweck erfüllen.

Als Ergebnis ist somit festzuhalten, daß die Bescheinigung die Tätigkeit nennen muß, die dem Arzt vom Arbeitgeber als zu verrichtende genannt wurde.

bb) Kennzeichnung des Arbeiters in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht

Vorauszuschicken ist, daß jedenfalls der behandelnde Arzt die sozialversicherungsrechtliche Zuordnung des Arbeiters kennen muß, zumindest im Hinblick auf das in § 3 I S. 3 LFZG angesprochene Gebot.

Für eine Kennzeichnung in dieser Hinsicht spricht aber auch ein beachtliches Interesse des Arbeitgebers. Sollte ihm der Krankenversicherungsträger, bei dem sein Arbeiter versichert ist, und dessen Mitgliedsnummer nicht schon aus den Personalunterlagen bekannt sein, gewinnt dieses Wissen im Rahmen der Krankschreibung besondere Bedeutung. Die Krankenkasse ist nach § 369 b I Nr. 2 3. Alt. RVO verpflichtet, zur Beseitigung von begründeten Zweifeln an der Arbeitsunfähigkeit den Arbeiter zum Vertrauensarzt vorzuladen. Der Arbeitgeber hatte zwar bisher keine Möglichkeit, diese Vor-

ladung zu erzwingen, da diese Verpflichtung nicht ihm gegenüber bestand¹⁾. Die Krankenkasse widersetzte sich jedoch bei Vortrag von begründeten Zweifeln durch den Arbeitgeber dessen Verlangen nicht. Dies insbesondere im Hinblick darauf, daß bei rechtswidriger Ablehnung einer mit Tatsachen belegten Anregung Schadensersatzansprüche drohen²⁾. Der Arbeitgeber muß also, um eine entsprechende Anregung geben zu können, wissen, an wen er diese richten muß. Außerdem muß er den Arbeiter der Krankenkasse gegenüber näher kennzeichnen können.

Auf Seiten des Arbeiters stehen schützenswerte Belange einer solchen Kenntniserlangung nicht entgegen. Abgesehen davon, daß dem Arbeitgeber in der Regel die entsprechenden Umstände bereits bekannt sind, wird als Schutzgut, das überhaupt nur tangiert sein könnte, die persönliche Geheimsphäre des Arbeiters durch das entsprechende Wissen des Arbeitgebers nicht berührt. Die Kenntnis der sozialversicherungsrechtlichen Zuordnung führt nicht zu einem Eindringen in die Individualsphäre des Arbeiters.

-
- 1) Brecht § 3 RN 20 f; Schmatz/Fischwasser C 318; Doetsch/Schnabel/Paulsdorff § 3 RN 24 ff; Iöns C 230 mwN; Kaiser § 3 RN 41; Kehrmann/Pelikan § 3 RN 27; Marienhagen § 3 RN 13; Wieland BB 1979, 1096, 1100; Sommer/Schaub AR-Blätter aaO B III. 3 b; Leichtinger I S. 70, II S. 91; LAG Hamm 2.6.1970 RdA 1971, 28; beachte die neue Rechtslage ab 1.1.1983 aufgrund des Haushaltbegleitgesetzes vom 17.12.1982 (BGBl. I S. 1890); s. hierzu Becker DB 1983 S. 1253 ff.
 - 2) Schmatz/Fischwasser aaO; Iöns C 231; Sommer/Schaub aaO B III. 3 c.

Zu fragen ist aber nun, ob aus dieser Interessenlage eine notwendige Voraussetzung der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung erwächst. Hierfür ist mangels gesetzlicher Regelung auf deren Sinn und Zweck abzustellen. Die Angabe der sozialversicherungsrechtlichen Zuordnung des Arbeiters ist aber weder unter dem Gesichtspunkt der Bestätigung der Krankmeldung des Arbeiters noch unter dem des Nachweises der Arbeitsunfähigkeit erforderlich. Die Krankmeldung umfaßt wie § 3 I S. 1 l.Hs. LFZG zeigt lediglich Tatsache und voraussichtliche Dauer der Arbeitsunfähigkeit. Nur diese beiden Gesichtspunkte werden daher auch von der Bestätigungsfunktion erfaßt. Die Nachweisfunktion bezieht sich auf den Lohnfortzahlungsanspruch des Arbeiters. Dieser hat nach § 1 I LFZG lediglich Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit als Voraussetzung. Auch insoweit spielt daher die sozialversicherungsrechtliche Zuordnung keine Rolle.

Als Ergebnis ist daher festzuhalten, daß die Bescheinigung keine Angaben enthalten muß, die die sozialversicherungsrechtliche Stellung des Arbeiters betreffen.

2.2.4 Erfordernisse im Hinblick auf den Empfänger der Bescheinigung

a) Die Frage nach der Bezeichnung des Empfängers

aa) Die gesetzlichen Bestimmungen

In der Vorschrift des § 3 I S. 1 LFZG ist lediglich festgelegt, daß die ärztliche Bescheinigung dem Arbeitgeber nachzureichen ist. Hinweise, ob dieser darin genannt sein muß, sind nicht enthalten.

bb) Lösung des Problems unter Abstellung auf Regelungszusammenhang und Sinn und Zweck der Bescheinigung

Es ist auch hierbei zunächst wieder zu fragen, ob an der Aufnahme dieses Merkmals überhaupt ein Interesse besteht, das es zu beachten gilt, bevor die Notwendigkeit der Nennung dieses Merkmals untersucht wird.

Die Bestimmungsfunktion als Bescheinigung für den Arbeitgeber ergibt sich schon daraus, daß sie diesem ausgehändigt wird. Unter diesem Gesichtspunkt besteht daher kein Interesse an der Aufnahme der Bezeichnung des Empfängers.

Auch für den Arbeiter selbst besteht hieran kein Interesse. Dieser kennt seinen Arbeitgeber.

Für den Arzt als Aussteller der Bescheinigung ergibt sich kein anderes Ergebnis. Er benötigt nicht die Bezeichnung des Arbeitgebers, sondern, was jener ohnehin in der Regel nicht zu entnehmen ist, die Kenntnis der vom Arbeiter verrichteten Tätigkeit. Diese muß ihm jener selbst mitteilen.

Einzig und allein die Krankenkasse des Arbeiters hat ein Interesse an der Aufnahme der Bezeichnung des Arbeitgebers in die Bescheinigung. Denn sie muß nach § 369 b III RVO dem Arbeitgeber, solange ein Lohnfortzahlungsanspruch besteht, das Resultat einer vertrauensärztlichen Begutachtung mitteilen, wenn dieses mit der Bescheinigung des Kassenarztes im Ergebnis nicht übereinstimmt¹⁾. Dieses Interesse ist aber lohnfortzahlungsrechtlich ohne Bedeutung. Die Krankenkasse des Arbeiters steht außerhalb des Arbeitsverhältnisses.

Als Ergebnis ist somit festzuhalten, daß bereits mangels zu berücksichtigendem Interesse der Arbeitgeber nicht in der Bescheinigung genannt werden muß.

2.2.5 Zusammenfassung

Als erste und kraft Gesetzes bestehende formelle Voraussetzung der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nach § 3 I S. 1 2.Hs., S. 3 LFZG bedarf dieses Schriftstück der Namensunterschrift durch den handelnden Arzt. Darüberhinaus muß die Aussteller-

1) S. näher Schmatz/Fischwasser C 318 f, Töns C 233 f; Feichtinger I und II S. 91; Doetsch/Schnabel/Paulsdorff § 3 RN 28; Kehrman/Pelikan § 3 RN 30; Kaiser § 3 RN 44; Peters A 204; Röhsler AR-Blattei aaO V 2 b) cc).

funktion (Arzt) erkennbar sein, der Tag der ärztlichen Feststellung der Arbeitsunfähigkeit, der Name (Vor- und Nachname) des Arbeiters, seine Adresse und sein Geburtsdatum enthalten sein, außerdem die von ihm zu verrichtende Tätigkeit.

Fehlt es an einem dieser Erfordernisse, liegt keine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nach § 3 I S. 1 2.Hs., S. 3 LFZG vor.

VII. Der regelmäßig verwandte Mustervordruck

Im Regelfall wird der Arbeiter in der gesetzlichen Krankenversicherung pflichtversichert sein und einen Kassenarzt aufsuchen. Dieser wird keine eigenständige Bescheinigung erstellen, sondern von einem Muster Gebrauch machen.

1. Die Grundlage des Mustervordrucks

Die Rechtsbeziehungen zwischen den Krankenkassen und den Kassenärzten werden in der RVO (§§ 368 ff) geregelt. Zu deren Ergänzung schließt die Kassenärztliche Bundesvereinigung mit den Bundesverbänden der Krankenkassen¹⁾ Mantelverträge. Der Bundesmantelvertrag über den allgemeinen Inhalt der Gesamtverträge (BMV-Ä) wurde am 1.10.1959 geschlossen²⁾. Nach dessen § 21 II soll die Bescheinigung über die Arbeitsunfähigkeit "auf den dafür vorgesehenen Vordrucken erfolgen". Eine entsprechende Vordruckvereinbarung wurde³⁾ in Anpassung an das LFZG am 14.11.1969 geschlossen⁴⁾.

Nach deren Abschnitt 1 1.1 sind die Muster im Rahmen der kassenärztlichen Versorgung zu verwenden, da eine Ausnahme in der Vereinbarung hinsichtlich der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nicht zugelassen wird⁵⁾. Außerdem sind

1) S. § 368 g III RVO.

2) Nunmehr in Kraft in der Fassung vom 28.8.1978, s. DOK 1978, 795; der mit Wirkung vom 1.1.1983 neu eingefügte § 368 n V 4 RVO sieht vor, daß darüber hinaus Regelungen zur Überwachung der Ausstellung zu vereinbaren sind.

3) S. § 31 BMV-Ä.

4) S. DOK 1970, 103; jetzt gültig Vordruckvereinbarung vom 20.4.1979 in der geänderten Fassung vom 16.9.1982.

5) S. Abschnitt 1 1.1.1 und Abschnitt 2 2.1.1 der Vereinbarung

die von den Vertragspartnern herausgegebenen Erläuterungen zu beachten¹⁾.

2. Darstellung des Mustervordrucks

Das Muster besteht aus drei Teilen, der Ausfertigung für den Arbeitgeber, für die Krankenkasse und für den Arzt²⁾.

Die hier untersuchte, zuerst genannte Ausfertigung ist auf hellgelbem, selbstdurchschreibendem, tintenfesten Papier herzustellen und besitzt das Format DIN A 6 hoch³⁾.

Das Muster enthält zunächst eine Kopfleiste und ein Personalienfeld. Festzuhalten ist, daß deren Anordnung und Abmessung genau bestimmt sind⁴⁾. In der Kopfleiste des Mustervordrucks finden sich die Abkürzungen der zutreffenden Krankenkassenarten, beginnend mit "AOK" für Allgemeine Ortskrankenkasse und endend mit "Knappschaft" für die Bundesknappschaft. Darunter befindet sich eine Leerzeile, bestimmt für die genaue Bezeichnung der Krankenkasse, um Verwechslungen zu vermeiden⁵⁾. Die folgenden Zeilen des Personalienfeldes dienen der Aufnahme des Namens des Versicherten, einschließlich seines Vornamens, seines Geburtsdatums⁶⁾, Arbeitgebers bzw. Dienststelle, seiner Mitgliedsnummer⁷⁾ und seiner Wohnung.

1) S. Abschnitt 1.2 1.2.1.

2) S. Abschnitt 2 2.1.2.

3) S. Abschnitt 2 2.1.3 und 2.1.4 und Abschnitt 1 1.1.4.

4) S. Abschnitt 1 1.1.3 der Vereinbarung.

5) S. Erläuterungen zur Vordruckvereinbarung (Stand 1.7.1982), Allgemeines 3.; hier auch Hinweise für Ersatzkassenversicherte.

6) S. a. Erläuterungen, Allgemeines 8.

7) S. a. Erläuterungen, Allgemeines 4.

Darunter folgt die Aufschrift "Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung für den Arbeitgeber".

Dann finden sich zwei Kästchen, die Bezug nehmen auf die Aufdrucke "Erstbescheinigung" und "Folgebescheinigung". Die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ist durch Ankreuzen eines der beiden Kästchen zu kennzeichnen¹⁾.

Weiterhin ist Beginn und voraussichtliches Ende der Arbeitsunfähigkeit in den zwei hierfür vorgesehenen Kästchen sechsstellig²⁾ anzugeben.

Außerdem ist ein Vermerk, entsprechend dem Wortlaut des § 3 I S. 3 LFZG aufgedruckt und ein weiteres Kästchen vorhanden, das bei Arbeitsunfall, Arbeitsunfallfolgen und Berufskrankheit anzukreuzen ist.

Am Ende des Vordrucks findet sich eine Leerzeile für den Hinweis "Festgestellt am"³⁾.

Außerdem ist Raum vorgesehen für den Arztstempel und die Unterschrift des Arztes⁴⁾.

Am linken Rand des Vordrucks befindet sich der vertikale Aufdruck, daß diese Bescheinigung vom Versicherten dem Arbeitgeber unverzüglich auszuhändigen ist.

1) S. a. Erläuterungen, Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung 2.

2) S. Erläuterungen, Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung 5.

3) S. Erläuterungen, Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung 4. und 7.

4) S. Erläuterungen, Allgemeines 2.

3. Vergleich der ermittelten notwendigen Voraussetzungen mit dem Mustervordruck

3.1 Literatur

Die Literatur geht auf den Mustervordruck überhaupt nicht ein oder erwähnt nur, daß die Bescheinigung in der Regel auf einem Mustervordruck erteilt wird¹⁾. Ein Vergleich mit den ermittelten Notwendigkeiten erfolgt jedoch nicht²⁾.

3.2 Stellungnahme

Die als notwendige formelle Voraussetzungen festgestellten Merkmale³⁾ sind bis auf die Angabe der zu verrichtenden Tätigkeit im Mustervordruck enthalten.

3.2.1 Die Namensunterschrift des behandelnden Arztes

Auch das Muster verlangt die persönliche⁴⁾ Unterschrift des Arztes. Sie ist am Schluß der Bescheinigung vorgesehen, so daß sie alles vorher Festgehaltene deckt. Es wird zudem ausdrücklich darauf hingewiesen, daß die Unterschrift erst nach dem Ausfüllen geleistet werden darf⁵⁾.

1) Doetsch/Schnabel/Paulsdorff § 3 RN 10; Sommer/Schaub AR-Blattei aaO B II. 1.; Hessel/Marienhagen S. 85; Schmatz/Fischwasser C 308; Töns C 210; Brill WzS 1980, 69, 70.

2) Ausnahme hinsichtlich einer Inhaltsvoraussetzung Töns C 210.

3) S. Zusammenfassung unter VI. 2.2.5.

4) S. Erläuterungen, Allgemeines 2.

5) S. Erläuterungen, Allgemeines 5.

Dies stellt eine Verschärfung gegenüber der allgemeinen Regelung des § 126 BGB dar, die auch Blankounterschriften erlaubt.

Zum einen bestehen jedoch keine Bedenken, den Vertragspartnern der Vordruckvereinbarung insoweit eine Abdingungsbefugnis zuzusprechen. Durch das Verbot der Blankounterschrift wird dem Gedanken der Feststellung der Authentizität des Urkundeninhalts noch mehr Rechnung getragen. Die Vereinbarung will damit erreichen, daß sich der Unterschreibende vor der Unterschriftsleistung den Text ansieht.

Zum anderen folgt die Vordruckvereinbarung damit dem oben¹⁾ gewonnenen Ergebnis, daß erst der handelnde Arzt die Unterschrift leisten darf.

3.2.2 Die Erkennbarkeit des Ausstellers als Arzt

Der Hinweis auf die Funktion des Ausstellers als Arzt ist dem zu verwendenden²⁾ Kassenarztstempel zu entnehmen. Dessen nähere Gestaltung obliegt der Vereinbarung zwischen den kassenärztlichen Vereinigungen und den Landesverbänden der Krankenkassen³⁾. Hiernach befindet sich auf dem Stempel unter dem Namen des Arztes der Hinweis auf seine spezielle Qualifikation⁴⁾, somit auch die ausdrückliche Nennung des Begriffes Arzt. Dem als notwendig erachteten

1) S. unter V. 2.3.2.

2) S. Erläuterungen, Allgemeines 2.

3) § 31 IV BMV-Ä, § 368 g II RVO; § 17 IV BMV-Z.

4) Praktischer Arzt, Facharzt für Innere Krankheiten, Nervenarzt etc.

Merkmal der Erkennbarkeit der Ausstellerfunktion ist somit auf dem Muster entsprochen.

3.2.3 Der Tag der ärztlichen Feststellung der Arbeitsunfähigkeit

Dem festgestellten Erfordernis der Angabe des Tages, an dem der Arzt die Arbeitsunfähigkeit festgestellt hat, wird vom Muster ebenfalls Rechnung getragen. Dieses enthält eine Freizeile für die Nennung dieses Tages. In den Erläuterungen¹⁾ wird auch ausdrücklich auf den Problemkreis Vor- und Rückdatierung hingewiesen.

3.2.4 Name, Adresse und Geburtsdatum des Arbeiters

Das Muster verlangt im "Personalienfeld" die Angabe des Namens des Versicherten einschließlich seines Vornamens, seiner Wohnung und seines Geburtsdatums. Es entspricht somit in vollem Umfang der ermittelten Notwendigkeit nach Kennzeichnung des Arbeiters durch Angabe seiner persönlichen Daten.

3.2.5 Die zu verrichtende Tätigkeit

Die vom Arbeiter zu verrichtende Tätigkeit wird im Muster nicht aufgeführt. Auch die Vordruckvereinbarung und die Erläuterungen hierzu enthalten keine Hinweise hierauf.

Oben²⁾ wurde darauf hingewiesen, daß bei Fehlen

1) S. unter VI. 2.2.5.

2) S. unter VI. 2.2.5

dieses Merkmals keine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung im Sinne des § 3 I S. 1 2.Hs., S. 3 LFZG vorliegt. Daraus folgt, daß bei Verwendung des Mustervordrucks durch den behandelnden Arzt der Arbeiter mit der Vorlage dieser Bescheinigung seine Nachweispflicht nicht erfüllt.

Den Vertragspartnern der Vordruckvereinbarung muß daher empfohlen werden, diese dahin zu ergänzen, daß in den Mustervordruck, am besten im Personalienfeld, die vom Arbeiter zu verrichtende Tätigkeit aufgenommen wird.

B. Materielle Voraussetzungen

Wie oben bereits dargelegt¹⁾, nennt das LFZG als materielle Voraussetzungen die Tatsache der Arbeitsunfähigkeit sowie deren Dauer und den Vermerk. Diese Merkmale sind daher zunächst zu untersuchen (I. - III.). Im Anschluß daran ist zu fragen, ob weitere Anforderungen an den Inhalt der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung zu stellen sind (IV.). Am Ende der Untersuchung soll wieder der Vergleich mit dem Mustervordruck stehen (V.).

1) S. unter A.

I. Die Arbeitsunfähigkeit

1. Gesetzeslage und Literatur

In der Vorschrift des § 3 I S. 1 2.Hs. LFZG ist lediglich festgelegt, daß der Arbeiter eine "ärztliche Bescheinigung über die Arbeitsunfähigkeit" vorlegen muß. Nähere Regeln enthält das LFZG nicht. Auch die Literatur begnügt sich damit, die Inhaltsvoraussetzung zu nennen¹⁾.

2. Stellungnahme

2.1 Die Darstellung der Arbeitsunfähigkeit in der Bescheinigung

2.1.1 Die Bescheinigung muß eine ausdrückliche Erklärung über die Arbeitsunfähigkeit enthalten

Zu fragen ist, ob es genügt, wenn der Bescheinigung zu entnehmen ist, daß der Arbeiter sich einem Arzt vorgestellt hat, oder ob eindeutige Äußerungen zur Arbeitsunfähigkeit enthalten sein müssen.

a) Der Gesetzeswortlaut

Der Wortlaut des § 3 I S. 1 2.Hs. LFZG ver-

1) Hessel II S. 10; Hessel/Marienhagen S. 86; Spix/Papenheim S. 10; Klages RN 199; Brecht § 3 RN 12; Feichtinger I und II S. 83; Kehrman/Pelikan § 3 RN 8; Kaiser § 3 RN 19; Schellong § 3 Anm. 3; Marienhagen § 3 RN 9; Jäger S. 36; Brill WzS 1980, 69, 70; derselbe DOK 1971, 623, 625; Schaub AR-Blattei aaO B. II. 1 d); Otten DB 1976, 389; Röhler AR-Blattei aaO V. 2 b) aa).

langt nach einer Bescheinigung über die Arbeitsunfähigkeit. Dies ist so zu deuten, daß das Attest selbst sich hierzu äußern muß.

Insoweit kann auch auf die Auslegung des Begriffs Bescheinigung verwiesen werden¹⁾. Es handelt sich um ein Schriftstück, mit dem etwas bescheinigt wird. Dieses etwas, die Arbeitsunfähigkeit, muß somit dem Schriftstück zu entnehmen sein.

b) Sinn und Zweck der Bescheinigung

Dieses Ergebnis wird auch von Sinn und Zweck der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung getragen. Mit dieser will der Arbeiter dem Arbeitgeber gegenüber seine persönliche Meldung über die Arbeitsunfähigkeit bestätigen und seinen Lohnfortzahlungsanspruch, der auf jener basiert, nachweisen. Im Zusammenspiel mit dem Schriftformerfordernis ergibt sich hieraus, daß der Arzt seine Feststellung, die für den Arbeitgeber bestimmt ist, nur in der Bescheinigung selbst kundtun kann. Diese muß daher eine eindeutige Äußerung zur Arbeitsunfähigkeit enthalten.

1) S. A I. 2.1.

2.1.2 Die Bescheinigung muß den Begriff arbeitsunfähig bzw. Arbeitsunfähigkeit verwenden

Weiter ist zu untersuchen, ob in der Bescheinigung der Begriff arbeitsunfähig bzw. Arbeitsunfähigkeit wörtlich auftauchen muß, oder ob die Verwendung des Ausdrucks "ist krank" oder ähnlich genügt.

a) Die Ableitung aus dem Gesetzeswortlaut

Wie bereits ausgeführt, ist eine Bescheinigung über die Arbeitsunfähigkeit beizubringen. Die ausdrückliche Anführung dieses Begriffs zeigt, insbesondere im Hinblick auf die Terminologie des § 1 I LFZG, wo die Begriffe Arbeitsunfähigkeit und Krankheit verwandt werden, daß das Gesetz in der Bescheinigung eine klare und eindeutige Bezeichnung für erforderlich hält. Dies wird erhärtet durch die Tatsache, daß § 3 I S. 3 LFZG ebenfalls von einer Bescheinigung über die Arbeitsunfähigkeit spricht.

Da der Begriff arbeitsunfähig bzw. Arbeitsunfähigkeit zwar sprachlich umschrieben werden kann, wenn auch äußerst ausholend, jedoch nicht ohne Sinnänderung durch einen anderen ersetzt werden kann, besteht kein Anlaß, dem Verlangen nach einer Bescheinigung über die Arbeitsunfähigkeit, also die ausdrückliche Nennung des Begriffs, nicht zu entsprechen.

b) Die Bestätigung des Ergebnisses aus
dem Begriff der Arbeitsunfähigkeit

Im Rahmen der Untersuchung der Voraussetzungen der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen kann der bereits mehrfach dargestellte¹⁾ Begriff der Arbeitsunfähigkeit nicht näher untersucht werden. Er ist zudem jedenfalls in den Grundzügen unstrittig²⁾.

Es sei nur noch einmal darauf hingewiesen, daß Krankheit allein keinen Anspruch auf Krankenlohn begründet, sondern diese den Arbeiter arbeitsunfähig gemacht haben muß, wobei der ursächliche Zusammenhang zu beachten ist.

Hieraus ergibt sich eindeutig das oben gewonnene Ergebnis. Zwischen Krankheit und Arbeitsunfähigkeit besteht lohnfortzahlungsrechtlich zwar eine enge Beziehung. Beide Begriffe sind aber gerade nicht identisch. Wenn daher § 3 I LFZG auf die Arbeitsunfähigkeit abstellt, kann in der Bescheinigung die Bestätigung einer Krankheit nicht genügen.

Es ist daher als Ergebnis festzuhalten, daß der Zustand des Arbeiters in der Bescheinigung mit dem Wort arbeitsunfähig bzw. Arbeitsunfähigkeit bezeichnet werden muß.

1) S. unter A IV. 2.2.2 b, bb .

2) Abweichend nur Marienthagen BB 1970, 586.

2.2 Arzt und Arbeitsunfähigkeit

2.2.1 Die notwendigen Kenntnisse des Arztes

Das oben unter 2.1 gewonnene Ergebnis setzt eine entsprechende Kenntnis beim Arzt voraus. Er muß wissen, daß ein regelwidriger körperlicher oder geistiger Zustand nicht genügt, dieser vielmehr zusätzlich die Arbeitsleistung unmöglich machen muß¹⁾, was eine genaue Kenntnis der zu verrichtenden Tätigkeit erfordert²⁾.

Das LFZG setzt wie bereits festgestellt das Tätigwerden der Ärzte voraus. Es unterstellt aber, wie sich jetzt zeigt, auch deren notwendige Begriffsklarheit.

Die Bestimmungen des LFZG regeln zwar nur das Verhältnis Arbeiter - Arbeitgeber, verlangen aber im Hinblick auf die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung auch die Einschaltung eines Arztes. Daß darüberhinaus das LFZG keine Regeln den Arzt betreffend enthält, ist aber unbedenklich. Die Pflichten des Arztes, tätig zu werden, wie auch hierbei den Begriff der Arbeitsunfähigkeit zu beachten³⁾, entspringt dem Behandlungsvertrag⁴⁾. Wenn ein Arbeiter von einem Arzt eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nach dem LFZG verlangt, entsteht für diesen die (vertragliche) Pflicht, seinem

1) S. hierzu BAG 21.4.1961 EEK I/O12.

2) Zu Bedenken hierzu s. Barwasser DB 1976, 1332.

3) So auch Brecht § 3 RN 19, aber ohne Begründung; ebenso Doetsch/Schnabel/Paulsdorff § 3 RN 12.

4) Unabhängig von dessen (sozial)versicherungsrechtlicher Ausgestaltung.

weiteren Handeln die entsprechenden Normen zugrunde zu legen. Eine Aufnahme von näheren Regelungen in das LFZG war somit nicht notwendig.

Hinzuweisen ist darauf, daß bei Verkennung des Begriffs der Arbeitsunfähigkeit durch den Arzt der Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung erschüttert ist¹⁾.

2.2.2 Hinweis auf die Anleitungen für das Ausstellen der Bescheinigung

Der häufig angesprochene²⁾ Problembereich der Grundsätze für die Ausstellung der Bescheinigung³⁾ berührt deren Inhaltsvoraussetzung Arbeitsunfähigkeit nicht, sondern behandelt nur die Regeln, die sich mit dem Vorgang des Bescheinigens⁴⁾ beschäftigen. Die einschlägige Norm trägt auch nicht beiläufig etwas zur Inhaltsvoraussetzung Arbeitsunfähigkeit bei.

Hingewiesen sei aber auf die Ansicht, daß bei Verstoß gegen diese Regeln keine Bescheinigung im Sinne des § 3 I LFZG gegeben sei⁵⁾.

1) S. Löns C 217.

2) Spix/Papenheim S. 10; Feichtinger I u. II S. 84; Brill WzS 1980, 69, 70; derselbe BOK 1971, 623, 625; Schaub AR-Blattei aaO B II. 4; Otten DB 1976, 389.

3) S. § 21 I, III, IV BMV-Ä; zur Geltung außerhalb des Anwendungsbereichs des BMV-Ä s. A I. 3.3.2.

4) Verlangen nach besonderer Sorgfalt, ärztlicher Untersuchung; Problembereich Rück- und Vordatierung; Spix/Papenheim S. 10 weisen ausdrücklich darauf hin, daß dadurch lediglich allgemeine Grundsätze für die ärztliche Tätigkeit festgelegt werden; s.a. Otten DB 1976, 389, 390.

5) Schmatz/Fischwasser C 315 unter Verweis auf Lepke S. 65.

II. Die voraussichtliche Dauer

1. Gesetzeslage und Literatur

Die Vorschrift des § 3 I S. 1 2.Hs. LFZG legt lediglich fest, daß "eine ärztliche Bescheinigung über die Arbeitsunfähigkeit sowie deren voraussichtliche Dauer nachzureichen" ist. Nähere Bestimmungen darüber, wie dies in der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung Ausdruck finden muß, sind nicht enthalten.

Auch viele Stimmen in der Literatur begnügen sich mit der bloßen Nennung dieser Inhalts-voraussetzungen¹⁾. Ansonsten finden sich Hin-weise entweder nur zur Darstellung der Dauer²⁾ oder nur zum Wesensgehalt dieser Angabe³⁾. Selten ist eine umfassende Würdigung festzu-stellen⁴⁾.

2. Stellungnahme

2.1 Voraussichtliche Dauer: Ihr Wesensgehalt

Die Angabe der voraussichtlichen Dauer der Arbeitsunfähigkeit stellt eine Prognose⁵⁾ des be-handelnden Arztes über die wahrscheinliche Krankheitsdauer dar. Grundlage hierfür sind

1) Jäger S. 36; Marienhagen § 3 RN 8; Schellong § 3 Anm. 3; Kehrmann/Pelikan § 3 RN 3; Klages RN 199; Spix/Papenheim S. 10; Hessel/Marienhagen S. 86; Hessel II S. 10; Brill WzS 1980, 69, 70; Sommer/Schaub AR-Blattei aaO B II. 1 e); Otten DB 1976, 389; Röhsler AR-Blattei aaO V 2. b) aa); zur Rechts-lage vor dem LFZG: Hessel I S. 19; Schelp/Trieschmann S. 31.

2) Schmatz/Fischwasser C 307; Feichtinger I S. 84, II S. 83.

3) Brecht § 3 RN 12; Doetsch/Schnabel/Paulsdorff § 3 RN 13; Kaiser § 3 RN 20.

4) Iöns C 207, 220 f; Brill DOK 1971, 623, 626.

5) so auch Kaiser § 3 RN 20; von einer Voraussage spricht

dessen Kenntnisse der medizinischen Wissenschaft¹⁾ und seine Berufserfahrung²⁾, die auf die weitere Entwicklung der Krankheit und die Erfolgsaussichten der Behandlung projiziert werden.

Die in der Bescheinigung angegebene Dauer ist hierbei mit zwei Unsicherheitsfaktoren belastet.

Zum einen kann es dem Arzt bei der Ausstellung der Erstbescheinigung noch an einem klaren Bild von Art und Schwere der Krankheit fehlen. Er wird dann die Dauer auf die für die weiteren Untersuchungen notwendige Zeit beschränken. Weiter kann sich der Arzt irren oder der Krankheitsverlauf eine unvorhersehbare Entwicklung nehmen³⁾.

Zum anderen ist die Angabe der Dauer der Arbeitsunfähigkeit, worauf Töns hinweist⁴⁾, auch ein Hilfsmittel zur psychologischen Einwirkung auf den Kranken. Um bei einem schwer Kranken keine Mutlosigkeit entstehen zu lassen, wird der Arzt häufig mehrere Bescheinigungen, immer nur auf einige Wochen befristet, ausstellen⁵⁾.

Diese Umstände muß der Arbeitgeber bei Erhalt einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung beachten,

1) Doetsch/Schnabel/Paulsdorff § 3 RN 13.

2) Brecht § 3 RN 12.

3) Tritt die Arbeitsunfähigkeit früher wieder ein als bescheinigt, besteht ab diesem Zeitpunkt wieder Arbeitspflicht: Kaiser § 3 RN 20; Brecht § 3 RN 12; Schmatz/Fischwasser C 309.

4) C 220 f.

5) Ein genanntes Enddatum kann dem Arbeiter auch helfen, sich wieder auf das Arbeitsleben einzustellen.

wenn es darum geht, die durch den Ausfall des Arbeiters notwendigen betrieblichen Dispositionen zu treffen.

2.2 Darstellung in der Bescheinigung

2.2.1 Die Darstellungsmöglichkeiten

Die voraussichtliche Dauer der Arbeitsunfähigkeit kann begrifflich auf zwei Arten bescheinigt werden¹⁾.

Der Arzt kann in der Bescheinigung zwei kalendermäßige Daten angeben, also Beginn und voraussichtliches Ende der Arbeitsunfähigkeit nennen (z.B. arbeitsunfähig von ... bis ...).

Er kann aber auch einen berechenbaren Zeitraum angeben (z.B. arbeitsunfähig vom ... für voraussichtlich eine Woche).

Da, wie bereits ausgeführt, das LFZG keine Bestimmungen über die Art der Darstellung der Dauer in der Bescheinigung enthält, kann der Arzt unter den beiden Möglichkeiten frei wählen. Denn dem Interesse des Arbeitgebers als Empfänger an sicheren Grundlagen ist Rechnung getragen, da auch die zweite Möglichkeit Berechenbarkeit bietet. In beiden Fällen besteht also kalendermäßige Bestimmbarkeit²⁾.

1) Feichtinger I S. 84, II S. 83; Schmatz/Fischwasser C 307; Brill DOK 1971, 623, 626; Feichtinger/Pohl DB Beilage 4/84 S. 2.

2) Beachte zur Bestimmbarkeit, daß nicht das Ende des Kalendertages, sondern der Arbeitsschicht maßgebend ist: BAG Urteil vom 2.12.1981 DB 1982, 601 ff.

2.2.2 Angabe auch des Beginns der Arbeitsunfähigkeit

a) Literatur

Brill¹⁾ meint, daß nach § 3 I S. 1 LFZG der Beginn der Arbeitsunfähigkeit nicht genannt sein müsse. Er gibt hierfür jedoch keine weitere Begründung.

Töns²⁾ schließt sich dem bei Beibringung der Bescheinigung binnen der drei Tage des § 3 I S. 1 2.Hs. LFZG an. Ausgangspunkt für ihn³⁾ ist die Verwendung des Begriffs "nachreichen" in § 3 I S. 1 2.Hs. LFZG im Gegensatz zu der nach Ablauf der 3-Tages-Frist bestehenden Vorlagepflicht, wozu er sich auf § 5 S. 1 Nr. 1 LFZG stützt. Hieraus schließt er, daß die nachzureichende Bescheinigung lediglich Gegenwart und Zukunft der Arbeitsunfähigkeit ins Auge faßt.

b) Wertung

aa) Außerachtlassen der Nachweisfunktion und der 3-Tages-Frist

Töns nimmt als Ausgangspunkt seiner Betrachtung allein die Bestätigungsfunktion der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung und meint, daß sich diese im Gesetz dadurch wiederfinde, daß dem Arbeiter die Anzeige-

1) DOK 1971, 623, 626.

2) C 207.

3) C 206.

pflicht obliege und er mit demselben Inhalt eine ärztliche Bescheinigung nachreichen müsse.

Wie aber bereits mehrfach ausgeführt und auch von Töns nicht bestritten, dient die Bescheinigung jedoch auch dem Nachweis des Lohnfortzahlungsanspruchs. Dieser besteht vom ersten Tag der Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit und muß daher begrifflich nach allgemeinen Beweislastregeln ab diesem Zeitpunkt ärztlich bestätigt sein, es sei denn hiervon wird ausdrücklich abgesehen. Dies kann aber dem Begriff "nachreichen" nicht entnommen werden.

Die Interpretation von Töns läßt nicht nur die Nachweisfunktion völlig außer Betracht, ein Umstand, der allein schon dessen Argumentation die Grundlage entzieht. Sie vernachlässigt auch den Bezug dieses Ausdrucks zur 3-Tages-Frist. Nachreichen kann in Bezug hierauf nur heißen "vorlegen spätestens bis Fristablauf". Der Arbeiter muß eben nicht am Tag der Erkrankung insoweit tätig werden, sondern erst nachher. Der Wortlaut des § 3 I S. 1 LFZG sagt nicht, daß der Arbeiter verpflichtet ist, dem Arbeitgeber die Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer unverzüglich anzuzeigen und eine ärztliche Bescheinigung mit demselben Inhalt vorzulegen, sondern

infolge des Umstandes, daß dem Arbeiter drei Tage Zeit gelassen werden, daß dieser verpflichtet ist, anzuzeigen und nachzureichen. Entscheidend ist also der Bezug zur 3-Tages-Frist und nicht zur Bestätigungsfunktion. Daß diese Verbindungslinie richtig ist, zeigt § 3 I S. 2 LFZG, wonach die Folgebescheinigung, ohne daß eine Frist bestimmt ist, vorzu-legen¹⁾ ist.

bb) Der Begriff der "Dauer"

Die Ansicht von Töns und Brill läßt außerdem völlig den Begriff "Dauer" außer acht. Dies bedeutet eine bestimmte ununterbrochene Zeit²⁾. Bestimmtheit setzt aber die Angabe des Beginns des Zeitabschnitts voraus. Auch aus der Begriffsbestimmung folgt somit die Notwendigkeit der Angabe des Beginns der Arbeitsunfähigkeit.

cc) Keine Begründung mit Hilfe der Menschenwürde des Arbeiters

Töns meint abschließend noch, daß im Hinblick auf die Vergangenheit die Erklärung des Arbeiters genüge, da es ein Widerspruch zu seiner Menschenwürde wäre, wollte man ihm nicht glauben. Er stützt sich hierfür auf eine Entscheidung des BAG³⁾.

1) Die Frage nach der Frist für die Vorlage der Folgebescheinigung wird durch Analogieschluß zu § 3 I S. 1 2.Hs. LFZG gelöst: BAG 29.8.1980 DB 1981, 171.

2) Duden Bedeutungswörterbuch.

3) 9.4.1960 AP Nr. 12 zu § 63 HGB.

Dieser Hinweis ist jedoch nicht tragfähig. Das BAG bezieht diese Unvereinbarkeit mit der Menschenwürde auf einen allgemeinen dahingehenden Verdacht gegenüber den Angehörigen der Arbeitnehmerschaft, eine Erkrankung derselben gehe auf eigenes Verschulden zurück.

Als endgültiges Ergebnis zu der hier aufgeworfenen Frage ist daher festzuhalten, daß in der Bescheinigung der Beginn der Arbeitsunfähigkeit genannt sein muß.

2.2.3 Fehlen der Angabe des Beginns

Wie unter 2.2.2 festgestellt wurde, muß in der Bescheinigung immer auch der Beginn der Arbeitsunfähigkeit genannt sein. Brill¹⁾ führt nun aus, daß bei Fehlen dieser Angabe die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung und folglich auch deren voraussichtliche Dauer vom Tag der Feststellung oder Ausstellung an wirksam wird. Eine Begründung wird hierfür jedoch nicht gegeben.

Abgestellt werden kann nur auf den Tag der Feststellung der Arbeitsunfähigkeit, da der Tag der Ausstellung der Bescheinigung keine notwendige formelle Voraussetzung ist²⁾ und somit in der Regel nicht genannt wird.

Hinsichtlich des Tages der Feststellung sind zwei Fallgestaltungen zu unterscheiden.

1) DOK 1971, 623, 626.

2) S. unter A VI. 2.2.2 b) aa).

Keine Probleme ergeben sich, wenn Beginn der Arbeitsunfähigkeit und der Tag deren Feststellung identisch sind. Hier ist das Zurückgreifen auf den Abschnitt "festgestellt am" zulässig, da der Tag der Feststellung keine andere Qualität besitzt wie der Tag des Beginns der Arbeitsunfähigkeit. An beiden Tagen ist Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit gegeben und beide fallen zusammen.

Verdeutlicht wird dies, wenn beide Tage auseinanderfallen. Hier liegt die Feststellung zwar später als der Beginn. Aber auch hier ist die Qualität der Tage identisch. Es liegt auch keine unzulässige Belastung des Arbeiters vor. Denn der Tag der Feststellung ist (bestätigt) derjenige, an dem spätestens die Arbeitsunfähigkeit begann. Das Abstellen auf diesen Fall ist sogar für den Arbeiter sehr vorteilhaft, da er bei rein formalistischer Betrachtung den Beginn nicht nachgewiesen hätte. Im Hinblick auf die ärztliche Bestätigung stehen auch die Interessen des Arbeitgebers nicht entgegen.

Als Ergebnis ist daher festzuhalten, daß bei Vorlage einer Bescheinigung ohne Angaben über den Beginn der Arbeitsunfähigkeit an dessen Stelle von dem Tag der ärztlichen Feststellung ausgegangen werden kann.

2.2.4 Die Ausstellungsregeln für den Arzt

Im Anschluß an I. 2.2.2 kann auch für den hier aufgeworfenen Problemkreis festgestellt werden, daß der BMV-Ä die hier behandelte Frage nach der Notwendigkeit nicht unmittelbar berührt. Er enthält zwar Regeln über die Vor- und Rückdatierung der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung. Dies mag zwar zu einer Änderung der bescheinigten Dauer führen, berührt aber die behandelten Grundsatzfragen nicht.

III. Der Vermerk

1. Die gesetzliche Grundlage

Nach der Vorschrift des § 3 I S. 3 LFZG müssen die Bescheinigungen einen Vermerk des behandelnden Arztes enthalten. Aus diesem muß zu entnehmen sein, daß dem Träger der gesetzlichen Krankenversicherung unverzüglich eine Bescheinigung mit dem Inhalt der für den Arbeitgeber bestimmten Bescheinigung übersandt wird. Zusätzlich muß auf den Befund verwiesen werden.

Die Norm spricht von Bescheinigungen. Gemeint sind damit die in § 3 I S. 1 2.Hs. LFZG angesprochene Erst- und die in § 3 I S. 2 LFZG geregelte Folgebescheinigung.

Die Gesetzesformulierung ergibt ("einen Vermerk ... enthalten"), daß der Vermerk lediglich abstrakt zu formulieren ist, daß dem Träger der gesetzlichen Krankenversicherung eine Bescheinigung mit dreifachem Inhalt zugeleitet wird. Weder die Nennung des konkreten Krankenversicherungsträgers noch des Befunds sind erforderlich.

2. Korrektur durch das Sozialversicherungsrecht

Nach dem Wortlaut des LFZG müssen die ärztlichen Bescheinigungen stets einen Vermerk enthalten. Zu fragen ist jedoch, ob nicht das Sozialversicherungsrecht zu einer anderen Lösung zwingt.

2.1 Der Arbeiter ist nicht in der gesetzlichen
Krankenversicherung versichert

Das LFZG nennt als Empfänger der durch den Vermerk bezeichneten Bescheinigung den Träger der gesetzlichen Krankenversicherung. Hierzu wird ohne Begründung darauf hingewiesen, daß damit die Krankenkasse gemeint ist, bei der der Arbeiter versichert ist.¹⁾

Dies ist richtig. Der Gesetzeswortlaut selbst stellt zwar keinen Bezug zwischen dem Krankenversicherungsträger und einer Person her. Das LFZG regelt aber das Verhältnis zwischen Arbeiter und Arbeitgeber bei Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit. Das Versicherungsverhältnis, das in diesem Zusammenhang Bedeutung gewinnt, kann somit nur zwischen dem Arbeiter und einer Krankenkasse bestehen. Zudem sei hier auch darauf verwiesen, daß der Arzt diesen Vermerk in Bezug auf den bei ihm erschienenen Arbeiter errichten muß und an Sinn und Zweck dieses Vermerks²⁾.

In der Literatur wird nun für den Fall, daß der Arbeiter den §§ 168 ff RVO unterfällt, angenommen, daß dann der Vermerk auf der für den Arbeitgeber bestimmten Bescheinigung entfällt³⁾. Teilweise wird hierfür keine Be-

1) Röhslers AR-Blattei aaO V 2 b) cc); Kehrman/Pelikan § 3 RN 9; Brecht § 3 RN 14; Kaiser § 3 RN 21; Brill DOK 1971, 623, 626.

2) S. unter 3.

3) Brill DOK 1971, 623, 627; Kaiser § 3 RN 22; Brecht § 3 RN 14; Schellong § 3 Anm. 3; Kehrman/Pelikan § 3 RN 9; Sommer/Schaub AR-Blattei aaO B II. 1 f.

gründung gegeben ¹⁾ oder lediglich gesagt, dies sei "naturgemäß" ²⁾. Nur einmal findet sich die Begründung, daß in diesen Fällen der Vermerk deshalb entfällt, weil es in Bezug auf die nicht versicherten Arbeiter keinen "Träger der gesetzlichen Krankenversicherung" gibt ³⁾.

Hierzu ist festzustellen, daß es in diesen Fällen nicht an der Durchführbarkeit oder der Zuständigkeit mangelt. Vielmehr ist der an sich nach § 165 I Nr. 1 RVO versicherte Arbeiter aufgrund Versicherungsfreiheit ⁴⁾ oder Befreiung nicht Mitglied einer gesetzlichen Krankenkasse. Es gibt für ihn keine solche. Eine Übersendung an eine derartige ist somit überhaupt nicht möglich. Nur die zuletzt genannte Literaturansicht ist somit richtig.

Mangels Normierung eines Bezugs zu einer bestimmten Person und somit eines bestimmten Versicherungsverhältnisses könnte man daran denken, daß der Vermerk doch erforderlich ist, da eine Übersendung an den Krankenversicherungsträger geboten ist, bei dem der

1) Sommer/Schaub aaO.

2) Schellong aaO.

3) Kaiser; so auch Brill aaO, der aber mehr auf die Durchführbarkeit abstellt; Brecht aaO; so auch Kehrmann/Pelikan aaO, die die mangelnde Zuständigkeit ansprechen; nicht herangezogen werden können die in diesem Zusammenhang zitierten Schmatz/Fischwasser C 315, die sich allein mit der ärztlichen Handlungsweise befassen.

4) Zu denken ist insbesondere an die Fälle geringfügiger Beschäftigung (§ 168 RVO iVm § 8 SGB IV), da der hierdurch betroffene Personenkreis mit § 1 III Nr. 1 und 2 LFZG nicht identisch ist.

Arbeiter grundsätzlich, also mangels Versicherungsfreiheit oder Befreiung, versichert wäre¹⁾.

Diese Argumentation überzeugt jedoch nicht. Zum einen konnte oben ein Bezugsverhältnis ermittelt werden. Zum anderen wäre diese Übersendung nicht nur ohne praktische Bedeutung²⁾, sondern sinnlos. Denn das Tätigwerden jedes Versicherungsträgers gegenüber einer Person setzt das Bestehen eines Versicherungsverhältnisses zu dieser voraus. Außenstehenden gegenüber kann die gesetzliche Krankenversicherung nicht tätig werden.

Es bleibt daher bei der angesprochenen Korrektur des § 3 I S. 3 LFZG. Der Vermerk entfällt, wenn der Arbeiter nicht in der gesetzlichen Krankenversicherung versichert ist. Dies stellt keine Verdrängung des LFZG durch das Sozialversicherungsrecht dar. Dessen Normen wirken lediglich derart auf das LFZG ein, daß dessen generelle Norm des § 3 I S. 3 bei einer Fallkonstellation leerläuft.

Der Arbeitgeber, der um die sozialversicherungsrechtliche Position seines Arbeiters aufgrund der Personalakten weiß bzw. dem sie aufgrund der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses bekannt ist, muß diesen Umstand daher bei der

1) Zu dem Versicherungsträger, bei dem die übrigen Arbeiter des Arbeitgebers versichert sind (so der Diskussionsansatz von Kaiser § 3 RN 22), besteht keinerlei Beziehung.

2) Kaiser § 3 RN 22.

Beurteilung der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung beachten.

2.2 Inanspruchnahme eines Arztes, der weder zur kassenärztlichen Versorgung zugelassen, noch an ihr beteiligt ist

Es gibt eine zweite Fallgestaltung, bei der sich aufgrund des Sozialversicherungsrechts die Frage nach dem Wegfall des Vermerks stellt. Wie ist es, wenn der in der gesetzlichen Krankenversicherung versicherte Arbeiter zur Ausstellung einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nach dem LFZG einen Arzt in Anspruch nimmt, der weder zur kassenärztlichen Versorgung zugelassen noch an ihr beteiligt ist.

Die Aufnahme des Vermerks nach § 3 I S. 3 LFZG obliegt dem Arzt. Da die Vorschriften des § 3 I LFZG lediglich Pflichten für den Arbeiter begründen, nicht jedoch für den Arzt, stellt sich die Frage nach der Aufnahme des Vermerks, da der hier tätige Arzt nicht nach den §§ 368 a IV, 368 II 2 RVO zur Ausstellung einer Bescheinigung im Sinne des § 3 I LFZG verpflichtet ist¹⁾.

Ausgangspunkt ist vielmehr die Verpflichtung des Arbeiters aus § 3 I LFZG zur Krankmeldung und Erbringung der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, versehen mit dem genannten Vermerk. Der Arbeiter muß also immer den Arzt

1) So ausdrücklich Brill DOK 1971, 623, 627.

veranlassen, die auszustellende Bescheinigung dem § 3 I LFZG und somit auch dem § 3 I S. 3 LFZG anzupassen. Dies spielt bei der Inanspruchnahme eines Kassenarztes keine besondere Rolle, da hier die Zusatzverpflichtung des Arztes aus der RVO besteht. Diese Verpflichtung gewinnt jedoch Bedeutung, wenn der Arzt nicht gesondert angehalten ist. Der Arbeiter muß dann den behandelnden Arzt ausdrücklich privatrechtlich verpflichten¹⁾. Es wäre daher verfehlt, in Bezug auf die Verpflichtung des Arztes zum Anbringen des Vermerks lediglich auf die RVO und somit die Kassenarztstellung abzustellen. Die Verpflichtung des Kassenarztes ergibt sich lediglich zusätzlich aus dem Sozialversicherungsrecht²⁾.

Als Ergebnis ist somit festzuhalten, daß die Anbringung des Vermerks unabhängig von der Stellung des Arztes in kassenrechtlicher Hinsicht erfolgen muß.

3. Der Wesensgehalt des Vermerks

Die Beurteilung des Vermerks, ganz gleich aus welchem Anlaß und von welchem Standpunkt aus, erfordert das Wissen darum, was mit diesem bewirkt werden soll.

1) So auch Brill DOK 1971, 623, 627; Kaiser § 3 RN 23; Iöns C 222; Kehrman/Pelikan § 3 RN 12; Brecht § 3 RN 18, die jedoch alle dieses Problem im Rahmen der Frage einer Übersendungspflicht des Arztes ansprechen; s. hierzu auch Schmatz/Fischwasser C 314.

2) So ist wohl auch Iöns C 222 zu verstehen.

3.1 Unterrichtung des Arbeitgebers

Zumindest mißverständlich sind die Ansichten, der Vermerk solle bewirken, daß die Krankenkassen gemäß § 369 b RVO entscheiden können¹⁾ oder dieser Voraussetzung²⁾ oder Mittel zur Sicherstellung hierfür sei³⁾. Dies deshalb, weil der Vermerk Element der für den Arbeitgeber bestimmten Bescheinigung ist.

Dahinter dürfte aber folgende richtige Überlegung stehen. Der Vermerk unterrichtet ("Unterrichtungsvermerk") den Arbeitgeber, daß auch der Träger der gesetzlichen Krankenversicherung über die Arbeitsunfähigkeit, deren voraussichtliche Dauer und den Befund des behandelnden Arztes in Kenntnis gesetzt wird⁴⁾. Dem Krankenversicherungsträger obliegt nun gemäß § 369 b I Nr. 2 RVO die Entscheidung darüber, ob er durch Einschaltung des vertrauensärztlichen Dienstes eine Begutachtung der Arbeitsunfähigkeit veranlassen muß⁵⁾. Daraus ist der Schluß zu ziehen, daß dem Arbeitgeber durch den Vermerk erklärt werden soll, daß außer dem Arzt ein weiterer neutraler Dritter in das System der Lohnfortzahlung eingeschaltet ist, dem die Pflicht obliegt bei begründeten Zweifeln eine Begutachtung der Arbeitsunfähigkeit herbeizuführen.

1) Brecht § 3 RN 13, richtiger Ansatz bei RN 19; Schulte-Mimberg DOK 1980, 57, 69; Peters A 204.

2) Schellong § 3 Anm. 3.

3) Röhsler AR-Blattei aaO V 2 b cc).

4) Kehrmann/Pelikan § 3 RN 9; Brill DOK 1971, 623, 626; Kaiser § 3 RN 21.

5) Zum anderen benötigt die Krankenkasse entsprechende Kenntnisse, da sie mit der Zahlung von Krankengeld einspringen muß, wenn der Arbeitgeber die Fortzahlung des Arbeitsentgelts verweigert: § 189 RVO.

Der Vermerk stellt also keine unmittelbare Verbindung zum Träger der gesetzlichen Krankenversicherung her. Dieser erhält Kenntnis erst durch eine gesonderte Bescheinigung, die ihm der Arzt übersendet¹⁾.

3.2 Erinnerungsposten für den Arzt

Nicht zu unterschätzen ist auch der Vermerk in seiner Bedeutung als Erinnerungsposten für den Arzt. Diesem wird bei der Ausstellung der Bescheinigung seine öffentlich-rechtliche bzw. privatrechtliche Verpflichtung²⁾ zur Übersendung einer Bescheinigung mit einem dem Vermerk entsprechenden Inhalt an den Träger der gesetzlichen Krankenversicherung wieder ins Gedächtnis gerufen. Dies gewinnt Gewicht insbesondere im Hinblick auf mögliche Disziplinarmaßnahmen der kassenärztlichen Vereinigungen und eventuellen Schadensersatzansprüchen des Patienten³⁾.

4. Die Darstellung des Vermerks in der Bescheinigung

4.1 Formale Darstellung

In formaler Hinsicht ergibt sich aus dem Umstand, daß der Vermerk in der Bescheinigung enthalten sein muß, daß auch dieser vom

1) Zur Verpflichtung des Arztes gilt das zu 2.2 gesagte entsprechend.

2) S. oben FN 1 auf S. 188.

3) S. hierzu näher Schmatz/Fischwasser C 314.

Schriftformerfordernis erfaßt wird. Außerdem muß er vom behandelnden Arzt herrühren. Hieraus ist zu entnehmen, daß einerseits dieser Vermerk vom Arzt nicht selbst angebracht, aber andererseits doch durch dessen Unterschrift für authentisch erklärt werden muß.

4.2 Der Inhalt des Vermerks

4.2.1 Die Darstellung des Empfängers

Inhaltlich muß sich zunächst als Empfänger der Träger der gesetzlichen Krankenversicherung des Arbeiters¹⁾ ergeben. Zu fragen ist, ob dieser konkret genannt werden muß oder ob ein abstrakter Hinweis genügt. Der Wortlaut²⁾ spricht dafür, daß es sich erübrigt, den Krankenversicherungsträger des Arbeiters namentlich zu erwähnen. Die Formulierung enthält keinen Anhaltspunkt für die Notwendigkeit einer Individualisierung. Aber auch Sinn und Zweck begründen kein entsprechendes Erfordernis. Weder die Unterrichtung des Arbeitgebers³⁾ noch die Erinnerungsfunktion für den Arzt⁴⁾ verlangen hiernach. Der Arbeitgeber soll davon informiert werden, daß eine neutrale Stelle unter bestimmten Umständen eine Begutachtung herbeiführt. Der Arzt soll abstrakt an seine Pflicht erinnert werden. Beide Umstände erfordern daher die Aufnahme des genau bezeichneten, speziellen Trägers der gesetzlichen Krankenversicherung nicht.

1) S. unter 2.1.

2) S. unter 1.

3) S. unter 3.1.

4) S. unter 3.2.

4.2.2 Der Inhalt i.e.S.

Weiter muß sich aus dem Vermerk ergeben, daß (dem Empfänger) unverzüglich eine Bescheinigung übersandt wird. Außerdem muß deren dreifacher Inhalt (Arbeitsunfähigkeit, Befund, voraussichtliche Dauer) erwähnt sein. Auch insoweit ergibt die abstrakte Gesetzesformulierung, daß eine nähere Spezifizierung nicht notwendig ist. Dies gilt, da Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer in der Bescheinigung für den Arbeitgeber ausdrücklich genannt sind, insbesondere hinsichtlich des Befunds. Es wird nur festgelegt, daß die gesonderte Bescheinigung mit Angaben über den Befund versehen sein muß. Dieser fließt somit nicht über den Vermerk in die Bescheinigung für den Arbeitgeber ein¹⁾.

5. Folgen des mangelhaften Vermerks

5.1 Der Vermerk fehlt in der Bescheinigung

5.1.1 Allgemeines zum Fehlen der notwendigen Voraussetzungen

Es wurde übergreifend ausgeführt²⁾, daß beim Fehlen der als notwendig erachteten Voraussetzungen keine Bescheinigung im Sinne des § 3 LFZG gegeben ist.

1) S. zu diesem Problemkreis näher unter IV.

2) S. unter Einleitung 3.6.

5.1.2 Literatur

In der Literatur ist es herrschende Meinung, daß diese allgemeine Aussage auch für den Vermerk gilt¹⁾. Lediglich Brill²⁾ meint, daß diese Ansicht abzulehnen sei. Er gibt hierfür zwei Begründungen. Zum einen berühre der Vermerk primär das Verhältnis Arbeiter - Krankenkasse, da es Sinn des § 3 I S. 3 LFZG sei, dieser die Überwachung der Arbeitsunfähigkeit zu ermöglichen. Zum anderen treffe den Arzt die Pflicht, eine gesonderte Bescheinigung an die Krankenkasse zu übersenden, worauf der Arbeiter keinen Einfluß habe. Brill bestreitet aber nicht, daß der Vermerk notwendige Inhaltsvoraussetzung der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ist.

5.1.3 Stellungnahme

Hinsichtlich des ersten Ausgangspunktes widerspricht sich Brill selbst. Die dem § 3 I S. 3 LFZG zugemessene Zweckbestimmung steht im Widerspruch dazu, daß gleichzeitig der Vermerk als Unterrichtsvermerk mit Blick auf den Arbeitgeber, wie auch oben unter 3.1, gedeutet wird. Diese Differenzierung ist nicht verständlich, da ja § 3 I S. 3 LFZG den Vermerk gerade regelt. Daher kann auch die primäre Zuordnung des Vermerks in das

1) Feichtinger I und II S. 84; Schmatz/
Fischwasser C 307; Brecht § 3 RN 15;
Töns C 222; Otten DB 1976, 389.

2) DOK 1971, 623, 626.

Verhältnis Arbeiter - Krankenkasse nicht richtig sein. Der Vermerk hängt zwar eng mit der Einschaltung des vertrauensärztlichen Dienstes nach § 369 RVO durch die Krankenkasse zusammen. Die beiden unterschiedlichen Rechtsbeziehungen Arbeiter - Arbeitgeber und Arbeiter - Krankenkasse sind jedoch getrennt voneinander. Der Vermerk betrifft unmittelbar lediglich das zuerst genannte Rechtsverhältnis.

An der notwendigen Differenzierung unterschiedlicher Rechtsbeziehungen scheitert auch das zweite Argument von Brill. Die öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Verpflichtung des Arztes zur Übersendung der Bescheinigung beruht auf dessen Beziehung zur Krankenkasse bzw. dem Arbeiter. Der Vermerk in der Bescheinigung für den Arbeitgeber wird hiervon nicht berührt.

Es bleibt daher bei der ausdrücklichen Regelung des § 3 I S. 3 LFZG, wonach die Bescheinigung einen Vermerk enthalten muß, woraus der Umkehrschluß zu ziehen ist, daß bei Fehlen dieser notwendigen Voraussetzung keine Bescheinigung im Sinne des § 3 LFZG vorliegt. Dieses Ergebnis wird durch Überlegungen zu Sinn und Zweck des Vermerks bzw. seines Regelungszusammenhanges nicht aufgehoben.

5.2 Hinweis auf die Folgen bei Nicht- übersendung der gesonderten Bescheinigung

In diesem Zusammenhang stellt sich auch die Frage nach den Auswirkungen, wenn die Bescheinigung für den Arbeitgeber zwar den notwendigen Vermerk enthält, der gesetzlichen Krankenversicherung aber eine Bescheinigung nicht übersandt wird.

5.2.1 Der Gesetzeswortlaut

Der Gesetzeswortlaut des § 3~~I~~ S. 3 LFZG verlangt lediglich, daß die Bescheinigung für den Arbeitgeber einen Vermerk enthalten müsse, nicht, daß diese Bescheinigung auch tatsächlich übersandt wird. Insoweit wird dem Arbeiter keine Verantwortung auferlegt¹⁾.

5.2.2 Unterschiedliche Rechtsverhältnisse, keine Zurechnung

Es sei nochmals an die öffentlich-rechtliche bzw. privatrechtliche Verpflichtung des Arztes zum Ausstellen und Übersenden der Bescheinigung erinnert. Grundlage hierfür ist also die Rechtsbeziehung Arzt - Krankenkasse bzw. Arzt - Arbeiter. D.h. die Pflicht trifft allein den Arzt²⁾. Folglich können Nachteile im

1) So auch Iöns C 223; falsch ist in diesem Zusammenhang die Behauptung von Brill DOK 1971, 623, 626 FN 35, Iöns sei anderer Meinung, denn Iöns C 222 verlangt vom Arbeiter nur, den Arzt zu veranlassen.

2) So auch Brill DOK 1971, 623, 626; Röhslers AR-Blattei aaO V. 2 b) cc).

Verhältnis Arbeiter - Arbeitgeber gar nicht originär entstehen.

Zudem ist nicht ersichtlich, aus welchem Grund sich der Arbeiter eine Pflichtverletzung des Arztes in einem für ihn fremden (fremd in Bezug auf das Arbeitsverhältnis) Rechtsverhältnis in seiner Beziehung zum Arbeitgeber zurechnen lassen muß.

Als Ergebnis ist also festzustellen, daß dem Arbeiter aus der Pflichtversäumnis des Arztes keine Nachteile im Hinblick auf die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung erwachsen¹⁾.

6. Zusammenfassung

Als Ergebnis der Untersuchung der Inhaltsvoraussetzung Vermerk ist festzuhalten, daß dieser grundsätzlich in der Bescheinigung enthalten sein muß. Nur wenn der Arbeiter nicht Mitglied der gesetzlichen Krankenversicherung ist, entfällt dieser.

1) So ohne Begründung auch Kehrmann/Pelikan § 3 RN 12; Sommer/Schaub AR-Blattei aaO B II. 1 f); unklar Doetsch/Schnabel/Paulsdorff § 3 RN 13.

IV. Frage nach sonstigen notwendigen materiellen Voraussetzungen

1. Die Gesetzeslage

Nach dem Wortlaut des § 3 I S. 1 2.Hs. LFZG muß die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung sich nur zur Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtlicher Dauer äußern¹⁾. Als weitere Notwendigkeit ist nach § 3 I S. 3 LFZG der Vermerk erforderlich. Damit erschöpft sich die Regelung des LFZG zu den Inhaltsvoraussetzungen der Bescheinigung. Weitere Angaben sind somit zumindest nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht notwendig.

2. Weitere relevante Inhaltsvoraussetzungen

Ausgangspunkt der Frage, welchen Inhalt die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung über den Wortlaut hinaus noch haben muß, können mangels erkennbarer Bedeutung für Arzt und Arbeiter nur die Interessen des Arbeitgebers als Empfänger der Bescheinigung sein.

2.1 Art und Ursache der Krankheit

Der Arbeitgeber wird bei der Beantwortung der Frage, ob dem Arbeiter der Lohnfortzahlungsanspruch nach § 1 LFZG zusteht, aufgrund des vom Wortlaut des LFZG ver-

1) "Ärztliche Bescheinigung über die Arbeitsunfähigkeit sowie deren voraussichtliche Dauer".

langten Inhalts häufig in Schwierigkeiten geraten. Sowohl für die Beurteilung der Frage, ob den Arbeiter ein Verschulden trifft, oder ob er sich die Krankheit bei einer anderen entgeltlichen Beschäftigung zugezogen hat, wird oft die Kenntnis von der Ursache der Krankheit¹⁾ erforderlich sein.

Im Hinblick auf eine mögliche Ansteckungsgefahr, die Frage nach einer Wiederholungs-krankheit und manchmal auch für die Dauer der notwendigen betrieblichen Ersatzmaßnahmen wird zudem häufiger das Wissen um die Art der Krankheit²⁾ von Bedeutung sein.

Als zusätzliches Inhaltserfordernis kommen daher Angaben über Art und Ursache der Krankheit in Betracht.

2.2 Die ärztlich angeordneten Verhaltensregeln

Im Hinblick auf den Problemkreis, daß der Arbeitgeber einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung häufig deshalb keinen Glauben schenkt, weil der Arbeiter während der Krankheit ein regelwidriges Verhalten zeigt (der an Grippe erkrankte Arbeiter wird beim Bau seines Hauses beobachtet),

1) S. die teilweise erfolgten Hinweise, jedoch ohne Unterscheidung zwischen Ursache und Art der Krankheit bei Röhsler AR-Blattei aaO V 2 b) bb); Kehrmann/Pelikan § 3 RN 10; Marienhagen § 3 RN 9; Hessel/Marienhagen S. 86; Schellong § 3 Anm. 3; Kaiser § 3 RN 19; Peters A 204.

2) S. hierzu II. 2.1 mit dem Gedanken, die Frist als psychologisches Hilfsmittel einzusetzen.

hat der Arbeitgeber ein Interesse daran, daß die vom Arzt angeordneten Verhaltensregeln in die Bescheinigung aufgenommen werden. Denn umgekehrt kann, solange Bettruhe nicht angeordnet ist, Spazierengehen oder Besorgungen machen nicht als regelwidriges Verhalten angesehen werden¹⁾.

Als weiteres Inhaltserfordernis ist deshalb an die Nennung der vom Arzt getroffenen Verhaltensobliegenheiten zu denken.

3. Frage nach der Notwendigkeit der Angabe dieser Voraussetzungen

3.1 Literatur

Nur teilweise werden die beiden Problembereiche Angabe des Befunds und Nennung der ärztlichen Verhaltensregeln erkannt und deren Aufnahme in die Bescheinigung, gestützt auf § 3 I S. 3 LFZG und § 369 b III S. 2 RVO, für unstatthaft erachtet²⁾.

Häufig wird lediglich ein Anspruch des Arbeitgebers auf Kenntniserlangung des Befunds ohne Begründung abgelehnt³⁾ oder eine solche Angabe in der Bescheinigung

1) Zum ganzen ausführlich Barwasser DB 1976, 1332 ff; Lcpke DB 1974, 430 ff, 478 ff.

2) Töns C 210 f; auf § 369 b RVO weist auch Röhsler AR-Blattei aaO V. 2 b) bb) hin.

3) Doetsch/Schnabel/Paulsdorff § 3 RN 15; Sommer/Schaub AR-Blattei aaO B II. 3.

für unzulässig erklärt¹⁾, auch dies ohne Nennung von Gründen.

Teilweise wird eine Angabe des Bundes mit ausdrücklicher Zustimmung des Arbeiters für statthaft erachtet²⁾.

3.2 Stellungnahme

3.2.1 Keine Angabe von Art und Ursache der Krankheit

a) Ausgangsüberlegung

Es wurde bereits festgestellt³⁾, daß nach dem Wortlaut des LFZG Angaben, die über die Arbeitsunfähigkeit, deren voraussichtliche Dauer und den Vermerk hinausgehen, nicht erforderlich sind. Die Notwendigkeit weiterer Merkmale setzt, unabhängig davon, worauf diese beruht, voraus, daß das LFZG mit der Normierung der drei Inhaltsvoraussetzungen keine abschließende Regelung getroffen hat. Dieser methodisch notwendige Ansatzpunkt wurde bisher nicht beachtet. Er ist aber vorweg zu prüfen, da bei Feststellung einer umfassenden Normierung sich die Frage nach

1) Röhslers AR-Blattei aaO; Kehrmann/Pelikan § 3 RN 10; Marienhagen § 3 RN 9; Klages RN 199; Hessel/Marienhagen S. 86; Hessel II S. 10; Brill WzS 80, 69, 70; derselbe DOK 71, 623, 627; Brecht § 3 RN 12: grundsätzlich; Schellong § 3 Anm. 2; Kaiser § 3 RN 19; Feichtinger I und II S. 84; Schmatz/Fischwasser C 308; Peters A 203.

2) Hessel aaO; unter Einschränkungen Jäger S. 36; Brill DOK 1971, 623, 627.

3) S. unter 1.

einem zusätzlich notwendigen Inhalt nicht mehr stellt.

Unabhängig davon ist selbstverständlich die Frage, ob der Arbeitgeber aus Gründen außerhalb des LFZG vom Arbeiter¹⁾ oder Arzt die Mitteilung von Art und Ursache der Krankheit verlangen kann. Dies hat jedoch mit dem notwendigen Inhalt der Bescheinigung nichts zu tun.

b) Die Vorschrift des § 3 I LFZG als abschließende Regelung im Hinblick auf den Inhalt der Bescheinigung

aa) Gesetzeswortlaut

Der Gesetzeswortlaut legt einen dreifachen Inhalt fest, der immer gegeben sein muß. Zu fragen ist, ob er hinsichtlich weiterer materieller Voraussetzungen offen, oder abschließend auf diese drei allein statt-haften Merkmale festgelegt ist.

(a) Die Form der gesetzlichen Regelung

Die Vorschrift des § 3 I S. 1 LFZG spricht ausdrücklich von einer Pflicht des Arbeiters eine Bescheinigung nachzureichen. Dieses Verpflichtetsein erfaßt dabei auch die genannten Inhaltsvoraussetzungen Arbeitsunfähigkeit und voraussichtliche Dauer. Die Ergänzungsnorm hierzu, § 3 I

1) S. hierzu zuletzt Lepke DB 1983, 447, 449.

S. 3 LFZG, ist als Muß-Vorschrift gefaßt.

Diesen Formen der Regelung des Inhalts (Verpflichtungsnorm, Muß-Vorschrift) ist nicht nur zu entnehmen, daß das Gesetz die drei hierdurch normierten Inhaltsvoraussetzungen als unabdingbare Notwendigkeit jeder Bescheinigung sieht, sondern auch, daß es weitere nicht für notwendig erachtet. Denn daß, neben den durch solche Vorschriften normierten, weitere Merkmale erfüllt sein müssen, kann bei einer solchen Regelungsform nur angenommen werden, wenn sich hierfür Anhaltspunkte aus dem Gesetzestext ergeben. Dies ist jedoch nicht der Fall. Keiner Passage des Gesetzes kann ein entsprechender Hinweis entnommen werden.

(b) Der Gesetzesaufbau

Nach der Regelung der primären Inhaltsvoraussetzungen der Erstbescheinigung in § 3 I S. 3 2.Hs. LFZG befaßt sich § 3 I S. 2 LFZG mit der Folgebescheinigung. Als Abschluß des Regelungskomplexes Bescheinigungen bei Arbeitsunfähigkeit enthält § 3 I S. 3 LFZG eine beide Bescheinigungsarten berührende Gemeinsamkeit, den Vermerk. Hieraus ist zu folgern, daß dem letzten Satz des § 3 I LFZG eine Abschlußfunktion zugemessen wird. Deshalb wäre es nicht verständlich, wenn über den Ge-

setzeswortlaut hinaus weitere Voraussetzungen notwendig und statthaft sein sollten.

(c) Die Vorschrift des § 3 I S. 3 LFZG

Außerdem zeigt sich der Gedanke der umfassenden Regelung auch an § 3 I S. 3 LFZG selbst nochmals. Das Gesetz kennt den Problembereich "Angaben über den Befund", ordnet deren Aufnahme aber allein in die für die Krankenkasse bestimmte Bescheinigung an¹⁾.

Als Ergebnis ist daher festzuhalten, daß der Gesetzeswortlaut des § 3 I LFZG hinsichtlich der materiellen Voraussetzungen eine abschließende Regelung enthält. Weitere Merkmale sind daher in der Bescheinigung weder notwendig noch zulässig.

bb) Das Persönlichkeitsrecht des Arbeiters

Das anhand der Untersuchung des Wortlautes gewonnene Ergebnis ist noch am Persönlichkeitsrecht des Arbeiters zu messen.

Artikel 1 I GG gewährt ein absolutes Recht auf Unterlassung jeden Eingriffs in die dem Menschen um seiner selbst willen zukommenden Würde. Diese Sicherung des menschlichen "Selbst" garantiert im Rahmen des schützenswerten Eigenbereichs die Freiheit in höchst-

1) Iöns C 210 benutzt § 3 I S. 3 LFZG zu einem Umkehrschluß.

persönlichen Angelegenheiten¹⁾. Hierzu gehört ganz sicher der Gesundheitszustand einer Person²⁾, da es sich bei diesem Bereich der Intimsphäre um eine Angelegenheit handelt, für die schon ihrer Natur nach ein Anspruch auf Geheimhaltung besteht.

Zwar bemißt sich die Reichweite des Persönlichkeitsrechts nach dem Prinzip der Güter- und Interessenabwägung³⁾. Das Recht des Arbeitgebers, nicht grundlos in Anspruch genommen zu werden, kann jedoch nicht dazu führen, es zuzulassen, daß mit jeder Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung durch die Angabe der Krankheit in die Intimsphäre des Arbeiters eingedrungen wird. Es war daher richtig, im heiklen⁴⁾ Gesundheitsbereich insoweit keine generelle Regelung zu treffen, sondern die Frage, ob ausnahmsweise die Interessen des Arbeitgebers so überwiegen, daß ihm die Umstände der Krankheit bekanntzugeben sind, der Einzelabwägung zu überlassen.

cc) Die Rechtslage vor Inkrafttreten des LFZG

Schon vor Inkrafttreten des LFZG war allgemein anerkannt⁵⁾, daß dann, wenn der Arbeiter zur Vorlage eines ärztlichen Zeugnisses verpflichtet

1) Maunz-Düring-Herzog Bd. I, Anm. 37, 46, 49 zu Art. 1, Anm. 11 zu Art. 2; Leibholz-Rinck Anm. 2 zu Art. 1, Anm. 3 zu Art. 2.

2) S. z.B. BGH Ufita 52, 208.

3) Schmidt-Bleibtreu/Klein Art. 1 RN 5.

4) Zum Datenschutz im Gesundheitsbereich als Anschauungsbeispiel: Der Spiegel, Nr. 22/1983 S. 68 f.

5) Schelp/Trieschmann S. 31 ff mwN; Hessel I S. 21.

war, grundsätzlich Art und Ursache der Krankheit nicht anzugeben waren. Nur unter besonderen Umständen war hiervon abzuweichen.

Es kann ohne weiteres unterstellt werden, daß dies dem Gesetzgeber des LFZG bekannt war. Er hat nun diesen Fragenkreis nicht wie behauptet wird¹⁾, keiner gesetzlichen Normierung zugeführt, sondern geregelt. Die vorher immer wieder erörterten Problem-bereiche Art und Ursache der Krankheit wurden gerade nicht in den Regelungs-bereich des Gesetzes aufgenommen. Hätte der Gesetzgeber, der durch das LFZG im Gegensatz zu früher die Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung in jedem Falle normiert, auch immer die Aufnahme von Art und Ursache der Krankheit gewollt, er hätte dies sicherlich festgelegt. So hat er aber nur die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung als allgemeine Notwendigkeit eingeführt. Die näheren Umstände der Krankheit bleiben wie bisher der Einzelfallregelung überlassen.

Auch der Vergleich mit der Rechtslage vor dem Inkrafttreten des LFZG zeigt, daß nach § 3 I LFZG Art und Ursache der Krankheit nicht als notwendige und statthafte Voraussetzung angesehen werden können.

1) So Peters A 204; Brill DOK 1971, 623, 627; Marienhagen § 3 RN 9.

dd) Bestätigung des Ergebnisses durch
die kassenarztrechtliche Regelung

Bestehen begründete Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit, veranlaßt die Krankenkasse eine vertrauensärztliche Begutachtung (§ 369 b I Nr. 2 RVO). Stimmt deren Ergebnis mit der Bescheinigung nicht überein¹⁾ (keine Arbeitsunfähigkeit oder für geringere oder längere Zeit, als bescheinigt), teilt, solange ein Lohnfortzahlungsanspruch besteht, die Krankenkasse das Ergebnis der Begutachtung dem Arbeitgeber mit (§ 369 b III S. 1 RVO). Die Vorschrift des § 369 b III S. 2 RVO legt fest, daß diese Mitteilung die Krankheit des Versicherten nicht bezeichnen darf.

Somit ergibt sich, daß, zumindest wenn der Arbeiter Mitglied in der gesetzlichen Krankenversicherung ist, in diesem Stadium Angaben über die Krankheit an den Arbeitgeber nicht gelangen dürfen. Also auch dann, wenn begründete Zweifel an Arbeitsunfähigkeit und deren Dauer bestehen, ja sogar bestätigt wurden, soll dem Arbeitgeber der Befund nicht bekanntgegeben werden. Auch dahinter steckt der Gedanke, daß der Schutz der persönlichen Belange des Versicherten Vorrang genießt²⁾.

Dies muß erst recht³⁾ gelten, wenn noch keine Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit und deren

1) Statt vieler Schmatz/Fischwasser C 318 f.

2) So auch Peters § 369 b RVO Anm. 11.

3) Töns C 211 arbeiter auch insoweit mit einem Umkehrschluß.

Dauer bestehen, also bei der Ausstellung der Bescheinigung. Hier muß mindestens in dem gleichen Maße¹⁾ die Individual- und Geheimnissphäre des Arbeiters beachtet werden, da beide Tatbestände wertungsmäßig gleichliegen. Denn die einander widerstrebenden Interessen sind in beiden Zeitpunkten gleichgewichtig. Gründe für eine Ungleichbehandlung bestehen nicht.

Die Vorschrift des § 369 b III S. 2 RVO bestätigt also die schon auf anderem Wege gewonnene Feststellung.

ee) Ergebnis

Sowohl die Untersuchung des Gesetzeswortlautes, als auch der Vergleich mit der Rechtslage vor dem Inkrafttreten des LFZG und der Blick in das Sozialversicherungsrecht haben ergeben, daß Art und Umfang der Krankheit in der Bescheinigung nicht genannt sein brauchen und dürfen. Nur diese Auslegung berücksichtigt im notwendigen Umfang das verfassungsrechtlich geschützte Persönlichkeitsrecht des Arbeiters.

c) Der Begriff Angaben zu Art und Ursache der Krankheit

Unter Art und Ursache der Krankheit sind nicht nur die spezielle medizinische Bezeichnung von Erkrankung und Entstehungsgrund zu verstehen.

1) S. unter A II. 2.

Eine Mitteilung an den Arbeitgeber darf auch nicht dadurch entstehen, daß aus der textlichen Gestaltung Rückschlüsse auf die Krankheit, auf das Wiederaufleben eines früheren Krankheitsgeschehens etc. gezogen werden können. Auch dies würde der oben gewonnenen Auslegung und dem Schutzzweck des § 3 I LFZG zuwiderlaufen.

3.2.2 Keine Nennung der vom Arzt angeordneten Verhaltensmaßnahmen

Wie bereits ausgeführt¹⁾, wird das Problem, ob die vom Arzt im Anschluß an die Untersuchung angeordneten Verhaltensregeln für den Arbeiter in die Bescheinigung für den Arbeitgeber aufgenommen werden müssen, nur von einem Autoren behandelt. Die Frage kann jedoch auf der Basis der Überlegungen zu Angabe von Art und Ursache der Krankheit gelöst werden²⁾.

a) Methodischer Ansatz

Zu untersuchen ist, wie bei dem Problemkreis Art und Ursache der Krankheit, die Frage nach der Notwendigkeit der Aufnahme einer zusätzlichen, also über die im Gesetz genannten hinaus, Voraussetzung in die Bescheinigung. Somit wäre daher auch hier zunächst zu fragen, ob die Vorschrift des § 3 I LFZG nicht eine abschließende Regelung in dem Sinne darstellt, daß weitere als die genannten Voraussetzungen nicht statthaft sind.

1) S. unter 3.1.

2) Iöns lehnt die Aufnahme im Hinblick auf die Nichtangabe von Art und Ursache der Krankheit ab.

b) Lösung

aa Der Gesetzeswortlaut

Die Frage, ob § 3 I LFZG nicht nur umfassend, sondern abschließend aufzählt, was in der Bescheinigung enthalten sein muß, wurde im Hinblick auf Art und Ursache der Krankheit bereits erörtert und bejaht.

Übertragbar auf die hier untersuchte Fragestellung ist zumindest die Erörterung im Hinblick auf den Gesetzeswortlaut¹⁾, jedenfalls was zur Form der gesetzlichen Regelung und dem Gesetzesaufbau ausgeführt wurde. Diese Darlegungen ergeben ganz generell, daß die Norm des § 3 I LFZG weitere Voraussetzungen nicht zuläßt.

bb) Der Persönlichkeitsschutz des Arbeiters

Auch beim hier erörterten Problembereich verlangt das Persönlichkeitsrecht des Arbeiters, die denkbare zusätzliche Voraussetzung nicht in die Bescheinigung aufzunehmen. Es kann zur Begründung insoweit nach oben²⁾ verwiesen werden. Denn die vom Arzt gegebenen Verhaltensmaßregeln hängen auf das engste mit dem Gesundheitszustand zusammen, so daß häufig bei deren Kenntnis auf die Erkrankung rückgeschlossen werden könnte. Auch diese sind daher Teil des schützenswerten Eigenbereichs des Arbeiters. Da es hinsichtlich der vorzu-

1) S. unter 3.2.1 b, aa).

2) S. unter 3.2.1 b) bb).

nehmenden Interessenabwägung keine Abweichung zu oben¹⁾ gibt, bleibt es auch bei deren Schlußfolgerung.

cc) Ergebnis

Die Untersuchung des Gesetzeswortlautes unter Beachtung der verfassungsrechtlichen Wertmaßstäbe ergibt also, daß in die Bescheinigung keine Angaben über die vom Arzt angeordneten Verhaltensmaßregeln aufgenommen werden dürfen. Bei dieser eindeutigen Rechtslage kann darauf verzichtet werden, zu untersuchen, ob dieses Ergebnis auch aus § 369 b III S. 2 RVO entnommen werden kann. Es bedarf daher insbesondere keiner Erörterung, ob ärztliche Verhaltensmaßregeln als "Angaben über die Krankheit" verstanden werden können.

Zum Schluß sei nur kurz darauf hingewiesen, daß mangels damaliger Erörterung ein Rückblick auf die Rechtslage vor Inkrafttreten des LFZG keinen Lösungsansatz bietet.

1) S. unter 3.2.1 b) bb).

V. Der Mustervordruck

1. Grundlage und Darstellung des Mustervordrucks

Die rechtlichen Grundlagen des Mustervordrucks wurden bereits oben erörtert¹⁾. Dort²⁾ wurde dieser auch vollständig beschrieben. Hierauf kann daher auch für die Inhaltsvoraussetzungen verwiesen werden.

2. Vergleich der ermittelten notwendigen Voraussetzungen mit dem Mustervordruck

2.1 Literatur

Auch hinsichtlich des Vergleichs der notwendigen Inhaltsvoraussetzungen mit dem Mustervordruck kann auf das bereits Ausgeführte verwiesen werden³⁾. Bis auf eine, noch zu erwähnende Ausnahme findet ein solcher in der Literatur nicht statt.

2.2 Vergleich

2.2.1 Die Angaben zur Arbeitsunfähigkeit

Die Untersuchung der materiellen Notwendigkeiten der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nach § 3 I S. 1 2.Hs. LFZG hat zunächst ergeben, daß Angaben zur Arbeitsunfähigkeit unter ausdrücklicher Verwendung dieses Begriffs erforderlich sind⁴⁾.

1) S. unter A VII. 1.

2) S. unter A VII. 2.

3) S. unter A VII. 3.1.

4) S. unter B 1. 2.1.

a) Eindeutige Äußerungen

Die notwendigen eindeutigen Äußerungen zur Arbeitsunfähigkeit sind wohl bereits in der Ausstellung einer Bescheinigung zu sehen, die den hervorgehobenen Aufdruck "Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung für den Arbeitgeber" enthält. Denn durch diesen Vorgang macht sich der Aussteller die Begriffe, die in dem Muster aufgeführt sind, nach außen zu eigen.

b) Verwendung des Arbeitsunfähigkeitsbegriffs

Zugleich wird damit der Notwendigkeit nach Verwendung des Begriffs arbeitsunfähig bzw. Arbeitsunfähigkeit Rechnung getragen. Diese werden aber auch noch im Zusammenhang mit den Angaben zur Dauer und beim aufgedruckten Vermerk verwandt.

Den ermittelten Erfordernissen hinsichtlich der Angaben zur Arbeitsunfähigkeit wird somit durch den Mustervordruck Rechnung getragen.

2.2.2 Die Darstellung der voraussichtlichen Dauer

a) Allgemeiner Vergleich

Als weitere Inhaltsvoraussetzung wurde ermittelt, daß die voraussichtliche Dauer der Arbeitsunfähigkeit, also Beginn und Ende, zumindest durch Angabe eines berechenbaren Zeitraumes, gekennzeichnet sein muß¹⁾.

1) S. unter B II. 2.2.1.

Der Mustervordruck verlangt hinsichtlich der Darstellung nicht bloß die Angabe eines berechenbaren Zeitraums. Er enthält vielmehr dreispaltige Kästchen für Beginn und voraussichtliches Ende der Arbeitsunfähigkeit. Daher dürfte sich in der Regel das erörterte¹⁾ Problem, ob auch immer der Beginn zu nennen ist, in der Praxis nicht stellen²⁾. Zudem enthält der Mustervordruck auch eine Leerzeile für "Festgestellt am". Hierauf kann wie gesehen³⁾ bei Fehlen der Angaben zum Beginn der Arbeitsunfähigkeit abgestellt werden.

Auch die festgestellten Notwendigkeiten zur voraussichtlichen Dauer der Arbeitsunfähigkeit werden also vom Mustervordruck beachtet.

b) Das voraussichtliche Ende der Arbeitsunfähigkeit nach den Vordruck-Erläuterungen

In den Vordruck-Erläuterungen⁴⁾ findet sich der Hinweis, daß bei Einweisung zur sofortigen stationären Behandlung in ein Krankenhaus hinsichtlich des voraussichtlichen Endes der Arbeitsunfähigkeit die Angabe "Stationäre Krankenhausbehandlung" genügt. In der Literatur sind zu dieser Ansicht keine Äußerungen zu finden.

1) S. unter B II. 2.2.2.

2) Jöns C 210 meint in Verfolgung seiner abweichenden Ansicht, daß das Muster insoweit über § 3 I LFZG hinausgeht. Er hält dies aber aus praktischen Gründen für zulässig.

3) S. unter B II. 2.2.3.

4) S. Erläuterungen, Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung 6. S. 3; s.a. Jäger S. 36.

aa) Die Vordruck-Erläuterungen sind
insoweit fehlerhaft

(a) Der Gesetzeswortlaut

Die Vorschrift des § 3 I S. 1 2.Hs. LFZG verlangt die Vorlage einer Bescheinigung auch über die voraussichtliche Dauer der Arbeitsunfähigkeit. Diese Norm kann einerseits im Verhältnis Arbeiter - Arzt nicht abgeändert werden. Andererseits impliziert der Begriff Dauer auch die Angabe des voraussichtlichen Endes der Arbeitsunfähigkeit.

Der Arbeiter verlangt und benötigt von seinem Arzt eine Bescheinigung nach § 3 I S. 1 2.Hs. LFZG. Dieser ist folglich zu einer entsprechenden Ausstellung verpflichtet. Daß der Arzt nach Kassenrecht unter den oben genannten Gegebenheiten "Stationäre Krankenhausbehandlung" eintragen kann, kann sein Verhältnis zum Arbeiter, also auch die Ausstellung der Bescheinigung im Sinne des LFZG, nicht berühren. Ist der Arzt somit in seiner Beziehung zum Arbeiter verpflichtet eine Bescheinigung nach § 3 I S. 1 2.Hs. LFZG auszustellen, muß er auch den hierin verwandten Begriff der Dauer beachten. Diesem ist aber Bestimmtheit zu eigen¹⁾. Hieraus folgt, daß das voraussichtliche Ende der Arbeitsunfähigkeit zeitlich festgelegt in

1) S. unter 1. Kapitel B II. 2.2.2 b) bb).

der Bescheinigung genannt sein muß. Die Aufnahme des Ausdrucks "Stationäre Krankenhausbehandlung" erfüllt diese Anforderungen nicht.

Bereits der Gesetzeswortlaut spricht somit gegen die Zulässigkeit der von den Vordruck-Erläuterungen gewählten Form der Angabe.

(b) Beurteilung an Sinn und Zweck
der Bescheinigung

Der Arbeiter will seine persönliche Krankmeldung mit der Bescheinigung bestätigen. Auch jene umfaßt die voraussichtliche Dauer. Abgesehen von akuten Notfällen, wird der Arbeiter bei seiner Krankmeldung einen kalendermäßig bestimmbaren Zeitraum nennen. Dieser kann durch die Angabe "Stationäre Krankenhausbehandlung" nicht bestätigt werden.

Gleiches gilt für die Nachweisfunktion. Der Arbeiter will und muß seine Berechtigung zum Fernbleiben von der Arbeit für einen bestimmten, ansonsten bestehenden Arbeitszeitraum nachweisen. Das kann ihm durch die Angabe lediglich der Form der ärztlichen Behandlung anstatt einer Angabe mit einem Zeitmoment nicht gelingen.

Das Bestimmtheitsmoment läßt somit auch im Rahmen von Sinn und Zweck die für mög-

lich erachtete Bestimmung des Endes der Arbeitsunfähigkeit scheitern.

bb) Ergebnis und Vorschlag

Sowohl der Gesetzeswortlaut als auch die teleologische Untersuchung haben ergeben, daß die Ansicht, die in den Vordruck-Erläuterungen genannt wird, nicht weiterhilft. Es ist daher den Vertragspartnern dieser Vereinbarung zu empfehlen, diesen Passus zu streichen.

Zudem ist nicht ersichtlich, warum der einweisende Arzt die Angabe "Stationäre Krankenhausbehandlung" wählen soll. Er könnte das von ihm übersehbare voraussichtliche Ende der Arbeitsunfähigkeit nämlich ohne Schwierigkeiten angeben. Dies ist der Tag der Einweisung. Es bliebe dann den im Krankenhaus tätigen Ärzten vorbehalten, eine Folgebescheinigung auszustellen¹⁾.

Die Vordruck-Erläuterungen wären in 6. S. 3 wie folgt niederzulegen: Bei Einweisung zur sofortigen stationären Krankenhausbehandlung ist das Datum des Einweisungstages zu vermerken. Der weiterbehandelnde Kassenarzt/Vertragsarzt im Krankenhaus hat sofort eine Folgebescheinigung auszustellen.

1) 5. gerade Erläuterungen, Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung 7. S. 2.

2.2.3 Die Aufnahme des Vermerks

Als letzte erforderliche Inhaltsvoraussetzung wurde der Vermerk nach § 3 I S. 3 LFZG festgestellt¹⁾.

a) Aufnahme des Vermerks ohne Ausnahme

Der Mustervordruck enthält einen Vermerk. Folglich ist dieser bei der Verwendung des Vordrucks stets auf der Bescheinigung enthalten. Dies ist zwar dann, wenn der Arbeiter nicht in der gesetzlichen Krankenversicherung versichert ist, nicht notwendig²⁾. Dem Mehrinhalt stehen jedoch keine Bedenken entgegen, da dadurch niemandes Belange verletzt werden können. Zudem entfällt durch die unmittelbare Aufnahme in den Vordruck das Problem der Folgen bei fehlendem Vermerk³⁾.

b) Der Empfänger

Der Vermerk des Mustervordrucks bezeichnet als Empfänger die "oben angegebene(n) Krankenkasse". Mit oben ist die Kopfzeile gemeint, aus der die Krankenkassenart entnommen werden kann, und die Leerzeile darunter, in die die genaue Bezeichnung der Krankenkasse eingetragen wird⁴⁾. Entgegen dem Ermittelten⁵⁾ wird somit der Empfänger nicht nur abstrakt,

1) S. unter B III. 1.

2) S. unter B III 2.1.

3) S. unter B III 5.1.

4) S. unter A VII. 2.

5) S. unter B III. 4.2.1.

sondern ganz konkret bezeichnet. Im Rahmen der Untersuchung der formellen Voraussetzungen wurde zwar festgestellt, daß eine Kennzeichnung des Arbeiters in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht durch Angabe des Versicherungsträgers, bei dem er Mitglied ist, nicht erforderlich ist¹⁾. Hier geht es aber um das Problem, ob gegen eine nicht notwendige, aber erfolgte konkrete Nennung Bedenken bestehen. Dies ist nicht der Fall, da bereits oben festgestellt wurde, daß dadurch die Interessen des Arbeiters nicht tangiert werden.

c) Der Inhalt i.e.S.

Ansonsten entspricht der Vermerk im Mustervordruck bis auf eine kleine Ausnahme ("sowie" statt "und") dem Wortlaut des § 3 I S. 2 LFZG. Es wird also die abstrakte Gesetzesformulierung übernommen. Dies wurde oben²⁾ als richtig bezeichnet.

3. Zusammenfassendes Ergebnis

Als Ergebnis der Beurteilung des Mustervordrucks ist daher festzuhalten, daß alle ermittelten notwendigen Voraussetzungen in diesem enthalten sind. Was die Inhaltsvoraussetzungen betrifft bestehen bis auf die genannte Ausnahme³⁾ keine Bedenken gegen das regelmäßig verwandte Muster.

1) S. unter A VI. 2.2.3 b) bb).

2) S. unter B III. 4.2.2.

3) S. unter 2.2.2 b) bb).

2. Kapitel: Folgebescheinigungen

Nachdem die formellen und materiellen Voraussetzungen der Erstbescheinigung abgehandelt sind, sollen entsprechend der oben¹⁾ dargelegten Reihenfolge der Untersuchung die Folgebescheinigungen dargestellt werden. Auch hier wird gefragt, wann Folgebescheinigungen vorliegen. Untersucht werden also deren notwendige formellen und materiellen Voraussetzungen (B). Vorausgeschickt (A) wird ein Überblick über die oben lediglich im Ergebnis dargestellte Frage der Notwendigkeit von Folgebescheinigungen.

1) S. Einl. 3.

A. Die begrenzte Geltungsdauer der Erstbescheinigung als Voraussetzung der Folgebescheinigung

1. Problemkreis: Die Arbeitsunfähigkeit dauert länger als bescheinigt

Wie dargestellt¹⁾, muß die Bescheinigung nach § 3 I S. 1 2.Hs. LFZG sich auch zur voraussichtlichen Dauer der Arbeitsunfähigkeit erklären. Dies geschieht durch Angabe von deren Beginn und deren voraussichtlichem Ende. Bei dieser Sach- und Rechtslage drängt sich von selbst die Frage auf, was geschehen muß, wenn bei fortbestehender Nachweispflicht²⁾ die Arbeitsunfähigkeit über das bezeichnete Ende hinaus andauert³⁾.

2. Die Lösungsmöglichkeiten

Denkbar sind zwei Lösungsmöglichkeiten. Zum einen könnte die Wirksamkeit der Erstbescheinigung verlängert werden. Die andere Möglichkeit ist die Ausstellung einer neuen Bescheinigung, also unabhängig von der vorhergehenden.

3. Die gesetzliche Regelung

3.1 Der Gesetzeswortlaut

Das LFZG hat diesen Problemkreis im Sinne der zweiten aufgezeigten Möglichkeit gelöst. Es hat in § 3 I S. 2 LFZG festgelegt, daß dann, wenn

1) S. unter 1. Kapitel B II.

2) Wie bereits dargelegt, besteht die Nachweispflicht auch nach Ablauf der Sechs-Wochen-Frist: s. Schmatz/Fischwasser C 302 mwN; aA Töns C 221.

3) Auf das Überschreiten der angegebenen Dauer verweisen Schellong § 3 Anm. 4; Töns C 220; Schmatz/Fischwasser C 308.

die Arbeitsunfähigkeit länger dauert als in der Erstbescheinigung angegeben, eine neue¹⁾ ärztliche Bescheinigung vom Arbeiter vorgelegt werden muß.

3.2 Übereinstimmung mit Sinn und Zweck

Unabhängig von der Frage, ob die Folgebescheinigung denselben Sinn und Zweck verfolgt wie die Erstbescheinigung²⁾, läßt sich das oben gewonnene Ergebnis auch auf einen anderen Gedanken stützen.

Der Arbeitgeber hat sich nach Vorlage der Erstbescheinigung für die darin angegebene Dauer auf die Abwesenheit des Arbeiters eingestellt. Dies trotz der dargestellten Pflicht, bei vorzeitiger Genesung die Arbeit wiederaufzunehmen, und den vom Arzt verfolgten Zielen hinsichtlich der Dauer³⁾. Denn der Regelfall ist, daß der Arbeiter am ersten Tage nach Ablauf der angegebenen Dauer wieder zur Arbeit erscheint. Stellt nun der Arzt fest, daß die Arbeitsunfähigkeit länger dauert als angenommen, oder fühlt er sich aus einem anderen Grunde zu einer Verlängerung veranlaßt, steht dem das Interesse des Arbeitgebers an einer neuen Vergewisserung des Arztes über die Grundlagen der Arbeitsunfähigkeit gegenüber. Die längere Dauer der Abwesenheit, die dem Ar-

1) Das "neu" ebenfalls herausstellend Sommer/Schaub AR-Blattei aaO B I. 1 e); Doetsch/Schnabel/Paulsdorff § 3 RN 6; Marburger BB 1978, 1419, 1422; Feichtinger I S. 85; Röhslar AR-Blattei aaO V 2 a) cc); Spix/Papenheim S. 9; Kehrmann/Pelikan § 3 RN 7 sprechen von einer weiteren Bescheinigung; mißverständlich ist aber der von ihnen ebenfalls in diesem Zusammenhang benutzte Begriff "Verlängerung"; auch Feichtinger aaO verwendet diesen Begriff.

2) So Feichtinger II S. 85, wohl auch Brecht § 3 RN 16.

3) S. unter 1. Kapitel B II. 2.1.

beitgeber einen weiteren Ausfall der Arbeitskraft des Arbeiters einbringt, führt auf dessen Seite zu dem beachtenswerten Bedürfnis nach Prüfung der Grundlagen bei jeder Verlängerung. Dem kann besonders Rechnung getragen werden, wenn der Arzt eine neue Bescheinigung ausstellt und nicht bloß die alte hinsichtlich der Dauer fortschreibt. Denn die neue Bescheinigung erinnert den Arzt in besonderem Maße daran, daß nun bereits ein Zeitabschnitt abgelaufen und er sich deshalb prüfen muß, ob die von ihm ermittelten Grundlagen und die getroffenen Heilmaßnahmen richtig sind.

Das LFZG legt dem Arbeitgeber zwar nur für sechs Wochen das Risiko auf, ohne Gegenleistung eine Leistung, die Lohnfortzahlung, zu erbringen. Er ist aber auch ohnehin belastet: er muß die durch den Ausfall des Arbeiters sonst eintretenden Nachteile immer tragen. Je länger die Abwesenheit dauert, umsomehr erwachsen Überbrückungsmaßnahmen in Dauerzustände. Dem Arbeitgeber ist daher mit jedem Ablauf einer bescheinigten Dauer ein höherwertigeres und schützenswerteres Interesse an genauester ärztlicher Vorgehensweise zuzusprechen. Hieran soll der Arzt durch das gesetzliche Verlangen nach einer neuen Bescheinigung eindringlich erinnert werden. Das Verlangen nach einer neuen Bescheinigung verfolgt daher auch den Zweck eines Erinnerungspostens für den Arzt.

4. Hinweis auf Folgeproblem

Lediglich hingewiesen werden kann an dieser Stelle auf das mögliche Problem, daß die Arbeitsunfähigkeit

auch länger dauert als in der Folgebescheinigung dargelegt. Denn dieses stellt sich nur, wenn auch deren Wirksamkeit infolge Angabe der voraussichtlichen Dauer begrenzt ist. Es kann daher erst nach Feststellung der Inhaltsvoraussetzungen der Folgebescheinigung angegangen werden¹⁾.

1) S. unter B 4.

B. Die formellen und materiellen Voraussetzungen

Nach der Vorschrift des § 3 I S. 2 LFZG muß der Arbeiter eine neue ärztliche Bescheinigung vorlegen, wenn die Arbeitsunfähigkeit länger als in der Bescheinigung angegeben dauert. Das Gesetz erweitert also zunächst die Nachweispflicht ("verpflichtet") unter Angabe deren Voraussetzung ("Arbeitsunfähigkeit länger ... angegeben"). Nur auf die übrigen Gesetzesmerkmale kann daher bei der Suche nach formellen und materiellen Voraussetzungen abgestellt werden. Erinnert werden soll daran, daß auch § 3 I S. 3 LFZG hier Anwendung findet¹⁾.

Inhaltliche Anforderungen stellt nur § 3 I S. 3 LFZG, der den Vermerk normiert.

Als gesetzliches Merkmal, das formelle Notwendigkeiten enthält, verbleibt lediglich das Verlangen nach einer "neue(n) ärztliche(n) Bescheinigung".

1) S. unter 1. Kapitel B III. 1.

1. Die formellen Voraussetzungen

1.1 Literatur

Ganz generell ist eine äußerst oberflächliche Behandlung der Folgebescheinigung in der Literatur festzustellen. Die Äußerungen hierzu beschränken sich in der Regel auf die Wiederholung des Gesetzeswortlautes und der Diskussion des Problems, wann diese Bescheinigung vorzulegen ist¹⁾. Ausdrücklich nimmt zu den formellen Voraussetzungen der Folgebescheinigung nur ein Autor²⁾ Stellung.

1.2 Stellungnahme

1.2.1 Die ärztliche Bescheinigung

Hinsichtlich des Begriffs Bescheinigung kann auf die Ausführungen bei der Erstbescheinigung³⁾ verwiesen werden. Gleiches gilt im Hinblick auf die Notwendigkeit einer ärztlichen Bescheinigung für die Probleme im Zusammenhang mit deren Aussteller⁴⁾.

1.2.2 Neue Bescheinigung

Die Aufnahme des Begriffs neu in den Gesetzeswortlaut bringt hinsichtlich der im Wege der Verweisung gewonnenen Ergebnisse keine Abweichung. Wie bereits dargestellt, kennzeichnet das Gesetz dadurch lediglich den Lösungsweg

1) S. hierzu jetzt die Entscheidung des BAG, Urteil vom 29.8.1980 DB 1981, 171.

2) Brecht § 3 RN 16.

3) S. unter 1. Kapitel A I. - III., V.

4) S. unter 1. Kapitel A IV.

für das Problem, wie zu verfahren ist, wenn die Arbeitsunfähigkeit länger dauert als bescheinigt¹⁾. Neu bedeutet also in diesem Zusammenhang, daß eine weitere, nämlich andere Bescheinigung beizubringen ist.

Als Gesamtergebnis ist daher festzuhalten, daß die Folgebescheinigung hinsichtlich der formellen Voraussetzungen der Erstbescheinigung entspricht²⁾.

1) S. unter A 3.

2) So auch Brecht § 3 RN 16; dies ist auch den Autoren zu entnehmen, die nur von der Nachweispflicht des § 3 I LFZG sprechen, und sich daher nur einmal mit den formellen Voraussetzungen befassen: Schmatz/Fischwasser C 302, 307.

2. Die materiellen Voraussetzungen

2.1 Gesetzeswortlaut und Literatur

2.1.1 Gesetzeswortlaut

Im Bezug auf die materiellen Voraussetzungen der Folgebescheinigung wurde bereits festgestellt, daß der Gesetzeswortlaut des § 3 I S. 2 LFZG keine Hinweise hierauf enthält. Nur die hier anwendbare Vorschrift des § 3 I S. 3 LFZG verlangt denselben Vermerk wie für die Erstbescheinigung.

2.1.2 Literatur

In der Literatur wird hinsichtlich des Inhalts der Folgebescheinigung teilweise lediglich auf den Vermerk verwiesen¹⁾. Andere erwähnen nur die Angabe der voraussichtlichen Fortdauer der Arbeitsunfähigkeit²⁾. Eine Stimme nennt diese beiden Erfordernisse³⁾, eine andere Arbeitsunfähigkeit und deren Dauer⁴⁾. Insgesamt nur zwei Autoren ziehen eine vollständige Parallele zur Erstbescheinigung und verlangen Angaben zur Arbeitsunfähigkeit, deren voraussichtliche Dauer und den Vermerk nach § 3 I S. 3 LFZG⁵⁾.

1) Marburger BB 1978, 1419, 1422.

2) Jöns C 221; Schellong § 3 Anm. 4; Röhsler AR-Blattei aaO V 2. a) cc).

3) Brecht § 3 RN 16.

4) Klages RN 196.

5) Brill DOK 1971, 623, 631; Otten DB 1976, 389; nicht ausdrücklich, aber infolge Behandlung des § 3 I LFZG als solchen auch Brill WzS 1980, 69, 70; so wohl auch Marienhagen § 3 RN 8, der im Inhaltsverzeichnis vom "Inhalt der Bescheinigungen" spricht (anders die unmittelbare Überschrift bei RN 8).

2.2 Stellungnahme

Für die Frage, welche Inhaltsvoraussetzungen die Folgebescheinigung erfüllen muß, ergeben sich zwei Lösungsmöglichkeiten. Man kann eine eigenständige Problemaufbereitung vornehmen oder versuchen, die zur Erstbescheinigung gewonnenen Erkenntnisse zu übertragen. Der zweite Gedanke ist vorrangig, da er auf einheitliche Anforderungen für beide Bescheinigungsarten hinausläuft und somit einer Zersplitterung vorbeugt.

2.2.1 Die Möglichkeit der Übertragung der zur Erstbescheinigung gewonnenen Erkenntnisse

a) Der Gesetzeswortlaut

Ausgangspunkt für die Frage, ob die zur Erstbescheinigung gewonnenen Ergebnisse auf die Folgebescheinigung übertragen werden können, muß der Gesetzeswortlaut sein. Die Vorschrift des § 3 I S. 2 LFZG geht zunächst von der Erstbescheinigung aus, wenn sie auf die "in der Bescheinigung" angegebene Dauer abstellt. Anschließend wird der Arbeiter zur Vorlage einer neuen ärztlichen Bescheinigung verpflichtet.

Hieraus ergibt sich, daß hinsichtlich der Anforderungen an die Folgebescheinigung in vollem Umfang auf die Erstbescheinigung zurückgegriffen werden kann. Denn die Norm des § 3 I S. 2 LFZG knüpft an diese an und legt dann lediglich fest, daß eine neue solche Bescheinigung beizubringen ist. Weitere Anforderungen

werden nicht gestellt. Das Gesetz löst die Frage, wie bei Überschreiten der angegebenen Dauer zu verfahren ist, bringt aber hinsichtlich der weiteren Bescheinigung keine abweichenden Bestimmungen. Der Gesetzeswortlaut spricht daher klar für die Übernahme der Inhaltsvoraussetzungen Arbeitsunfähigkeit, voraussichtliche Dauer und Vermerk in die Folgebescheinigung.

b) Keine Abweichung als Folge von Besonderheiten der Folgebescheinigung

Zu fragen ist, ob abgesehen davon, daß die Folgebescheinigung sich an eine erteilte Bescheinigung anschließt, Besonderheiten bestehen, die einer Übertragung der Erkenntnisse zur Erstbescheinigung entgegenstehen.

aa) Die Bestätigungsfunktion

Auch die Folgebescheinigung dient zum einen der Objektivierung der subjektiven Krankmeldung¹⁾. Der Arbeitgeber benötigt, um den Betriebsablauf festlegen zu können, die ärztliche Bestätigung, daß der Arbeiter weiterhin infolge Krankheit arbeitsunfähig ist und wie lange dieser Zustand voraussichtlich dauern wird. Nur die ärztliche Folgebescheinigung kann dem Arbeitgeber die notwendige sichere Kenntnis vermitteln.

Zwar geht der Folgebescheinigung keine neue Anzeige im Sinne des § 3 I S. 1 l.Hs. LFZG

1) S. unter 1. Kapitel A 5.3.2.

voraus, die bestätigt wird. Dennoch ergibt sich kein Unterschied zur Erstbescheinigung, denn es besteht zwischen dieser und der Anzeige durch den Arbeiter dieselbe Verbindung wie zwischen der Folgebescheinigung und der Anzeige. Die Bestätigungsfunktion der Bescheinigung nach § 3 I S. 2 LFZG bezieht sich ebenfalls auf die Anzeige nach § 3 I S. 1 l.Hs. LFZG.

Die Anzeige umfaßt als erstes die Tatsache der Arbeitsunfähigkeit. Die Bescheinigung nach § 3 I S. 2 LFZG bestätigt deren Bestehen.

Als zweites nennt der Arbeiter nach § 3 I S. 1 l.Hs. LFZG die voraussichtliche Dauer. Auch dies wird durch die Folgebescheinigung objektiviert. Der Unterschied zur Erstbescheinigung besteht allein darin, daß dieser bestätigten Dauer bereits ein entsprechender Zeitraum vorausgegangen ist. Dies ändert jedoch an der Bestätigungsfunktion der Folgebescheinigung nichts.

bb) Die Nachweisfunktion

Zum anderen will der Arbeiter auch mit der Folgebescheinigung die Berechtigung nachweisen, seinem Arbeitsplatz fernbleiben zu dürfen. Denn nach Ablauf der zunächst bestätigten Dauer lebt die Pflicht, die Tatsache der Arbeitsunfähigkeit als Voraussetzung für das berechtigte Fernbleiben nachzuweisen, wieder auf. Der Arbeiter muß erneut den Beweis dafür

erbringen, daß die Unterlassung der Arbeit keine Pflichtverletzung darstellt.

Die Untersuchung von Sinn und Zweck der Folgebescheinigung läßt somit keine Abweichung zur Erstbescheinigung erkennen¹⁾.

c) Zusammenfassung

Gesetzeswortlaut und auch Sinn und Zweck ergeben, daß die Folgebescheinigung dieselbe Zielrichtung verfolgt wie die Erstbescheinigung. Eine Besonderheit, die ein Abweichen von den Regeln über die Erstbescheinigung notwendig erscheinen ließe, besteht nicht. Es bleibt daher bei dem aus dem Gesetzeswortlaut ermittelten Ergebnis der Zulässigkeit der Anwendung der zur Erstbescheinigung ermittelten Ergebnisse.

2.2.2 Übertragung der zur Erstbescheinigung gewonnenen Erkenntnisse

Voranzustellen ist somit, daß als notwendige Inhaltsvoraussetzungen auch der Folgebescheinigung Angaben zur Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer notwendig sind. Außerdem muß der Vermerk des § 3 I S. 3 LFZG enthalten sein. Weitere materielle Elemente muß die Folgebescheinigung wie die Erstbescheinigung nicht aufweisen²⁾.

Hinsichtlich der Nennung der Arbeitsunfähigkeit und

1) So auch ausdrücklich Feichtinger II S. 85 und wohl auch Brecht § 3 RN 16.

2) S. unter 1. Kapitel B IV.

der Angaben des § 3 I S. 3 LFZG kann ohne weiteres auf das oben¹⁾ Ausgeführte verwiesen werden.

Besonders hinzuweisen ist lediglich auf einen Umstand im Zusammenhang mit den Angaben zur voraussichtlichen Fortdauer der Arbeitsunfähigkeit. Wie ermittelt²⁾, muß in der Bescheinigung immer auch der Beginn der Arbeitsunfähigkeit angegeben werden. Dies gilt ebenfalls für die Folgebescheinigung, da auch diese "über die Arbeitsunfähigkeit" Aussagen enthalten muß. Nicht erheblich ist in diesem Zusammenhang dagegen der Tag der ärztlichen Feststellung der Fortdauer oder der Tag der Ausstellung der Bescheinigung. Das bedeutet in der Praxis, daß der Arzt den in der Erstbescheinigung genannten Beginn der Arbeitsunfähigkeit wiederholt³⁾.

1) S. unter 1. Kapitel B I. bzw. III.

2) S. unter 1. Kapitel B II. 2.2.2.

3) S. a. Töns C 221.

3. Der Mustervordruck

3.1 Allgemeines

Da die formellen und materiellen notwendigen Voraussetzungen der Folgebescheinigung denen der Erstbescheinigung entsprechen, kann für den Vergleich dieser Erfordernisse mit dem regelmäßig verwandten Mustervordruck nach oben¹⁾ verwiesen werden. Das Muster ist für beide Bescheinigungsarten identisch²⁾. Behandelt werden müssen nur einige Besonderheiten.

3.2 Unterschiedliche Kennzeichnung

Wird das Muster für eine Erst- oder Folgebescheinigung benutzt, muß es erkennen lassen, "ob es sich um eine Erst- oder Folgebescheinigung handelt"³⁾. Hieraus folgt, daß die beiden Formen der Bescheinigungen formell lediglich darin differieren, daß die zwei beschriebenen⁴⁾ Kästchen für Erst- und Folgebescheinigung unterschiedlich angekreuzt sind. Ansonsten ergeben sich gegenüber der Erstbescheinigung keine formellen Abweichungen.

3.3 Die materiellen Voraussetzungen

Hinsichtlich der materiellen Notwendigkeiten wären

-
- 1) S. unter 1. Kapitel A VII. und B V.
 - 2) Die Vordruckvereinbarung behandelt in Abschnitt 2: Vordruckmuster unter 2.1 "die Bescheinigung der Arbeitsunfähigkeit" und verweist lediglich auf "das anliegende Muster".
 - 3) S. Erläuterungen zur Vordruckvereinbarung, Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung 2.
 - 4) S. unter 1. Kapitel A VII. 2.

an sich aufgrund des unter 3.1 Ausgeführten keine weiteren Erläuterungen notwendig.

3.3.1 Der Beginn der Arbeitsunfähigkeit nach den Vordruck-Erläuterungen

Die Erläuterungen zur Vordruckvereinbarung¹⁾ enthalten jedoch den Hinweis, daß bei der Folgebescheinigung die Eintragung des Datums des Beginns der Arbeitsunfähigkeit unterbleiben kann.

Literatur und Rechtsprechung äußern sich zu dieser Frage nicht.

3.3.2 Die Erläuterungen sind insoweit fehlerhaft

Zu fragen ist nach der Richtigkeit dieser Feststellung.

a) Die Gesetzeslage

Ausgangspunkt ist die bereits dargestellte Klärung des Begriffs Dauer, wozu sich auch die Folgebescheinigung kraft Gesetzes erklären muß. Von diesem normierten Erfordernis kann nicht durch eine Vereinbarung und schon gar nicht durch eine Absprache Dritter abgewichen werden. Die Vordruck-Erläuterungen sind Kassenarztrecht und können das Verhältnis Arbeiter-Arbeitgeber nicht abweichend regeln. Soll der Arzt eine Bescheinigung nach § 3 LFZG ausstellen, muß er dessen Bestimmungen beachten.

1) S. Erläuterungen, Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung 4. S. 2.

Dem Begriff Dauer ist nun eine notwendige Bestimmtheit inhärent. Diese verlangt auch nach der Angabe des Beginns des Zeitabschnitts¹⁾.

Schon der Gesetzeswortlaut verlangt daher die Nennung des Beginns der Arbeitsunfähigkeit.

b) Die mit der Aufnahme in die Folgebescheinigung verfolgten Absichten

Die Vordruckerläuterungen halten diese Angabe wohl deshalb für überflüssig, weil sie bereits in der Erstbescheinigung enthalten ist und somit lediglich eine Wiederholung darstellt. Dies läuft hinaus auf eine Abwertung dieser Angabe als bloßen Formalismus.

Dem ist jedoch nicht so. Die Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit stellt einen zusammenhängenden Zustand dar, der von dessen Beginn bis zu dessen Ende andauert. Der Ablauf der in der Erstbescheinigung bezeichneten Dauer unterbricht diesen nicht. Vielmehr soll in der Regel zu diesem Zeitpunkt nach der ärztlichen Feststellung der Zustand enden. Eine Beendigung ist jedoch nicht eingetreten, so daß eine weitere Bescheinigung erforderlich wird. Dieser Gedanke der einen Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit soll durch die Aufnahme von deren Beginn auch in die Folgebescheinigung manifestiert werden.

1) S. unter 1. Kapitel B II. 2.2.2
b) bb).

Zudem erleichtert die nochmalige Nennung des Beginns der Arbeitsunfähigkeit dem Arbeitgeber die Feststellung des Sechs-Wochen-Zeitraums des § 1 I LFZG. Da hierdurch Interessen des Arbeiters nicht verletzt werden, sprechen keine Bedenken gegen die Hilfestellung des Gesetzes für den Empfänger der Bescheinigung.

Außerdem hat diese Angabe Bedeutung für den Fall, daß der Arbeiter für die Ausstellung der Folgebescheinigung einen anderen Arzt konsultiert als für die Erstbescheinigung. Dieser unterliegt zwar dem Rückdatierungsverbot¹⁾. Er kann und muß aber nach der hier vertretenen Ansicht den Tag der ersten ärztlichen Feststellung einsetzen. Denn lediglich diese ist maßgebend, nicht die eines bestimmten Arztes²⁾. Durch den Zwang zur Eintragung des Beginns der Arbeitsunfähigkeit, wofür er sich wohl auf die Angaben des Arbeiters verlassen muß, wird der Arzt zur Ermittlung des genauen Zeitraums der Krankheit durch Befragen des Arbeiters gezwungen. Da jener dies erkennt, wird Manipulationen (durch Angabe eines kürzeren Zeitraums) schon in diesem Abschnitt vorgebeugt.

Auch Sinn und Zweck verlangen daher nach der Angabe des Beginns der Arbeitsunfähigkeit.

c) Ergebnis

Die oben genannten Erläuterungen sollten daher

1) § 21 Abs. 3 BMV-Ä.

2) S. Vordruck-Erläuterungen, Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung 7.

mit den Erfordernissen des LFZG in Einklang gebracht werden. Nur dadurch wird gewährleistet, daß der Arzt in seinem Verhältnis zu den Krankenkassen und zum Arbeiter, aufgrund dessen er verpflichtet ist, eine Bescheinigung nach dem LFZG auszustellen, gleichgerichtet handeln kann, ohne jeweils gegen Regeln aus dem anderen Rechtskreis zu verstoßen.

4. Folgebescheinigung nach Folgebescheinigung

Keine Schwierigkeiten bietet nach diesen Erläuterungen die Fallgestaltung, daß auch die in der Folgebescheinigung angegebene voraussichtliche Dauer der Arbeitsunfähigkeit abläuft, ohne daß Arbeitsfähigkeit bereits wieder eingetreten wäre.

4.1 Gesetzeslage und Literatur

4.1.1 Gesetzeslage

Die Vorschrift des § 3 I S. 1 2.Hs. LFZG regelt hinsichtlich der Bescheinigungsformen lediglich die Erstbescheinigung. Dies ergibt sich ganz eindeutig aus der für deren Vorlage vorgesehenen Frist, die auf den Beginn der Arbeitsunfähigkeit abstellt.

Die Norm des § 3 I S. 2 LFZG stellt wiederum, wie dargelegt¹⁾, auf die Erstbescheinigung ab und regelt somit lediglich die sich hieran anschließende Bescheinigung. Diese Gesetzesbestimmung auch auf weiter folgende Bescheinigungen anzuwenden, würde eine abstraktere, also von der Erstbescheinigung losgelöste Formulierung, notwendig machen, etwa: Dauert die Arbeitsunfähigkeit länger als bescheinigt, ...

Da weitere Bestimmungen zu den Bescheinigungen im LFZG nicht vorhanden sind, ergibt sich, daß eine unmittelbare gesetzliche Regelung des oben aufgeworfenen Problemkreises nicht besteht.

1) S. unter 2.2.1 a).

4.1.2 Literatur

In der Literatur wird von der Mehrzahl der Autoren die Problematik nicht aufgegriffen. Sie beschränken sich darauf, ohne Erläuterungen von Folgebescheinigungen¹⁾ zu sprechen oder von dem Problem, daß die Arbeitsunfähigkeit länger dauert als in der Bescheinigung angegeben. Es wird also nicht nur die erste Bescheinigung genannt.

Nur zwei Autoren²⁾ erwähnen ausdrücklich den Umstand, daß es nach der Folgebescheinigung noch weitere gibt. Eine Erläuterung wird aber auch von diesen nicht gegeben. Lediglich eine Literaturstimme³⁾ schildert kurz das oben aufgeworfene Problem.

4.2 Stellungnahme

Der Gesetzgeber hat es, wie dargestellt⁴⁾, durch die Formulierung des § 3 I S. 2 LFZG versäumt, auch den zu behandelnden Problemfall unmittelbar in die gesetzliche Regelung mit einzubeziehen. Zu prüfen ist aber, ob diese Norm nicht entsprechend angewandt werden kann.

Ausgangspunkt aller Überlegungen ist die Vorschrift des § 3 I S. 1 2.Hs. LFZG. Darin ist die Nachweispflicht⁵⁾ des Arbeiters für die

1) Röhsler AR-Blattei aaO V 2. a) cc); Kehrmann/Pelikan § 3 RN 7.

2) Iöns C 221: "im Anschluß an" ... "eine spätere Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung"; Schellong § 3 RN 4: "letzten Bescheinigung".

3) Brill DOK 1971, 623, 631.

4) S. unter 4.1.1.

5) Es sei nochmals daran erinnert, daß diese über den Lohnfortzahlungszeitraum hinaus besteht: statt vieler Schmatz/Fischwasser C 302 mwN.

Dauer seiner Arbeitsunfähigkeit niedergelegt. Probleme ergeben sich nur daraus, daß die in Erfüllung dieser Verpflichtung vorgelegte ärztliche Bescheinigung nicht immer die voraussichtliche Dauer der Arbeitsunfähigkeit richtig wiedergibt. Für den Fall, daß die in der Erstbescheinigung angegebene Dauer überschritten wird, verlangt die Form des § 3 I S. 2 LFZG die Vorlage einer Folgebescheinigung zur Erfüllung der weiter bestehenden Nachweispflicht. Wird nun auch die in dieser Bescheinigung genannte Dauer überschritten, ist in entsprechender Anwendung des § 3 I S. 2 LFZG eine weitere Folgebescheinigung vorzulegen, der noch weitere nachfolgen können. Diese Generalisierung¹⁾, es liegt immer ein Überschreiten der in einer Bescheinigung genannten voraussichtlichen Dauer der Arbeitsunfähigkeit vor, ist statthaft. Denn all diese Tatbestände sind wertungsmäßig gleichliegend und Gründe für eine Ungleichbehandlung sind nicht ersichtlich²⁾.

Als Ergebnis ist daher festzuhalten, daß der Arbeiter nach Ablauf der in der Folgebescheinigung genannten Dauer eine dritte und weitere Bescheinigungen vorlegen muß, wenn die Arbeitsunfähigkeit weiter fort dauert.

1) S. Zippelius, Methodenlehre S. 69.

2) S. hierzu schon die vergleichbare Argumentation unter 1. Kapitel A II. 2.2.

3. Kapitel: Erkrankung im Ausland

Zum Schluß soll noch kurz ein Problembereich behandelt werden, der erneut die starke Verflechtung von Krankenversicherungs- und Lohnfortzahlungsrecht zeigt.

1. Die Problemdarstellung

Der räumliche Geltungsbereich des LFZG ist begrenzt. Es gilt lediglich für die Arbeitsverhältnisse, die in der Bundesrepublik Deutschland und im Land Berlin beleg^{en} sind. Maßgeblich ist, daß in diesem Raum der Schwerpunkt des Arbeitsverhältnisses liegt¹⁾.

Andererseits ist, wie § 3 Abs. 2 LFZG zeigt ("außerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes"), nicht Voraussetzung, daß sich der Arbeiter im Geltungsbereich des LFZG aufhält, wenn er erkrankt.

Zu fragen ist, wie sich die Rechtslage in Bezug auf die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen darstellt, wenn der Arbeiter außerhalb der Bundesrepublik Deutschland und dem Land Berlin arbeitsunfähig wird.

2. Die Lage nach dem LFZG

Eine ausführlichere Betrachtung erübrigt sich, da,

1) Statt vieler: Jöns C 243; Schmatz/Fischwasser F 801, C 108 mwN; Brecht § 1 RN 2; Doetsch/Schnabel/Paulsdorff § 3 RN 3; Kehrmann/Pelikan § 3 RN 8, 9; Brill DB 1971, 1159; s.a. Art. 4 § 8 Gesetz über die Fortzahlung des Arbeitsentgelts im Krankheitsfalle und über Änderungen des Rechts der gesetzlichen Krankenversicherung.

wie unter 3. auszuführen ist, in sehr vielen Ländern eine abweichende Regelung gilt, die ständig angewandt wird.

2.1 Dieselben Nachweispflichten

Angesprochen wird das Problem des Eintritts der Arbeitsunfähigkeit außerhalb des Geltungsbereichs des LFZG expressis verbis lediglich in § 3 Abs. 2 LFZG. Diese Vorschrift begründet jedoch in ihren Sätzen 1, 2 und 4 nur zusätzliche Pflichten für den Arbeiter gegenüber dem Träger der gesetzlichen Krankenversicherung, bei dem er versichert ist. Die durch § 3 Abs. 1 LFZG begründeten Nachweispflichten werden weder aufgehoben, noch abgeändert. Es wird in § 3 Abs. 2 S. 3 LFZG lediglich festgelegt, daß die Bescheinigungen nicht den Vermerk des behandelnden Arztes enthalten müssen¹⁾.

Als Folgerung und somit Ergebnis ist daher festzuhalten, daß bei Beginn der Arbeitsunfähigkeit außerhalb des Geltungsbereichs des LFZG der Arbeiter dieselben Nachweispflichten dem Arbeitgeber gegenüber besitzt, wie bei Erkrankung im Inland²⁾. Denn § 3 Abs. 1 LFZG selbst stellt gerade nicht auf den Ort der Erkrankung ab.

1) Hierfür waren Zweifel an der Praktikabilität maßgebend, s. Töns C 243.

2) Schmatz/Fischwasser C 320; Töns aaO; Schellong § 3 Anm. 2; Feichtinger I u. II S. 92; Brecht § 3 RN 23; Hessel/Marienhagen S. 86; Doetsch/Schnabel/Paulsdorff § 3 RN 16; Hessel II S. 11; Kaiser § 3 RN 24; Marienhagen § 3 RN 10; Spix/Papenheim S. 9; Peters A 204; Kehrmann/Pelikan § 3 RN 17, 20; Sommer/Schaub AR-Blattei aaO B I. 4 a); Brill WzS 1980, 69, 74; Schulte-Mimberg DOK 1980, 57, 70; Röhsler AR-Blattei aaO V 2. a); Marburger BB 1978, 1419, 1421; Klages RN 206; Brill DB 1971, 1159, 1160; s.a. Birk DB 1973, 1551 ff; s.a. BAG Urt. v. 28.6.1973 EEK I/378 zur Anzeigepflicht.

2.2 Hinweis auf besonders zu beachtende Umstände

2.2.1 Die Vorschrift des § 48 Abs. 1 S. 2 2.Hs. 2. Alt. SeemG

Wie dargelegt ist für den Anwendungsbereich des LFZG maßgebend, wo das Arbeitsverhältnis belegen ist. Es gilt also nicht nur für deutsche Arbeiter als Touristen im Ausland und ausländische Arbeiter im Heimaturlaub, sondern auch z.B. für Montagearbeiter, die von einer deutschen Firma einige Zeit ins Ausland geschickt werden, wenn hierbei, wie im Regelfall, ein Ort der Bundesrepublik Deutschland wirtschaftlich-technischer Mittelpunkt des Arbeitsverhältnisses bleibt.

Dies würde für Schiffsleute¹⁾ bedeuten, daß auch sie verpflichtet wären, Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen vorzulegen. Durch Artikel 3 § 2 des Gesetzes über die Fortzahlung des Arbeitsentgelts im Krankheitsfalle und über Änderungen des Rechts der gesetzlichen Krankenversicherung wurde jedoch das Seemannsgesetz geändert. Nach dessen § 48 Abs. 1 S. 2 2.Hs. 2. Alt. sind Schiffsleute außerhalb des Geltungsbereichs des Grundgesetzes²⁾ nur zur Anzeige der Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtlicher Dauer verpflichtet, nicht aber zur Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung³⁾.

Als abschließendes Ergebnis der Frage nach der

1) Diese sind Arbeiter: s. §§ 6, 3 SeemG.

2) Art. 23 GG; dies gilt auch an Bord des Schiffes auf See: § 48 Abs. 1 S. 2 2.Hs. 1. Alt. SeemG.

3) S.a. die Hinweise bei Kehrmann/Pelikan § 3 RN 17 mwN; Peters A 209.

Nachweispflicht außerhalb des Geltungsbereichs des LFZG ist daher festzuhalten, daß auch bei Erkrankung im Ausland eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung beizubringen ist, es sei denn, es handelt sich bei dem Erkrankten um einen Schiffsmann.

2.2.2 Fremdsprachige Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen

a) Die Bescheinigungen müssen nicht in deutscher Sprache abgefaßt sein

Für den im Ausland erkrankten Arbeiter wird sich häufig das Problem stellen, daß der Arzt, den er aufsucht, der deutschen Sprache nicht oder nicht hinreichend mächtig ist. Zu fragen ist daher, ob die auszustellenden Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen in deutscher Sprache abgefaßt sein müssen.

In der Literatur wird diese Frage von wenigen Autoren¹⁾ aufgegriffen und verneint. Eine Begründung wird jedoch nicht gegeben.

aa) Der Wortlaut des LFZG

Das Problem muß zunächst an Hand des Wortlautes des § 3 LFZG untersucht werden, der, wie dargelegt, auch bei Erkrankung im Ausland gilt.

Die Vorschrift des § 3 I LFZG verlangt nicht,

1) Sommer/Schaub AR-Blattei aaO B I. 4. a); Kehrman/Pelikan § 3 RN 17; Brill DB 1971, 1159, 1160; Röhsler AR-Blattei aaO V 3 c).

daß die ihr entsprechenden Bescheinigungen in deutscher Sprache abgefaßt sein müssen. Da der Problembereich der Erkrankung außerhalb des Geltungsbereichs des LFZG aber, wie § 3 Abs. 2 LFZG zeigt, erkannt wurde, dennoch hinsichtlich der sprachlichen Gestaltung wie auch sonst keine besonderen Anforderungen gestellt wurden, kann nicht davon gesprochen werden, daß insoweit eine Regelungslücke vorliegt. Vielmehr bleibt es dabei, daß die Sprache der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen nicht festgelegt wurde. Sie können daher auch fremdsprachlich ausgestellt werden.

bb) Interessenabwägung und Sinn und Zweck

Zudem würde es auch eine unzumutbare Belastung für den erkrankten Arbeiter darstellen. Dieser würde, trotz seiner Krankheit belastet, einen deutschsprachigen Arzt suchen müssen. Das Interesse des Arbeiters an schneller ärztlicher Behandlung hat aber ohne Zweifel Vorrang vor dem Interesse des Arbeitgebers an einer sofort verständlichen Bescheinigung.

Auch aus Sinn und Zweck der Bescheinigungen ergibt sich keine Notwendigkeit zur Abfassung in deutscher Sprache. Denn Bestätigungs- und Nachweisfunktion sind von der sprachlichen Darstellung unabhängig.

Als Ergebnis läßt sich somit feststellen, daß weder Sinn und Zweck noch eine sonstige Interessenslage ein Abweichen vom Gesetzeswortlaut notwen-

dig machen. Die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen müssen daher nicht in deutscher Sprache abgefaßt sein.

b) Die Übersetzung ist Angelegenheit des Arbeitgebers

Die zur (fremd)sprachlichen Gestaltung angestellte Problembetrachtung ergibt auch die Lösung für die Frage, wer die Gefahr und Kosten der Übersetzung einer fremdsprachigen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung zu tragen hat.

Die Vorschriften des § 3 Abs. 1 LFZG verpflichten den Arbeiter zur Vorlage von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen. Da er, wie gesehen, diese Pflicht auch durch Vorlage nicht deutschsprachiger Bescheinigungen erfüllen kann, hat er damit das ihm gesetzlich Aufgetragene erfüllt. Weitere Anforderungen werden nicht an ihn gestellt.

Es obliegt daher dem Arbeitgeber als Empfänger der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen, das Risiko der Übersetzbarkeit zu tragen. Muß er sich hierzu einer dritten Person bedienen, hat er die eventuell notwendigen Kosten folglich ebenfalls zu übernehmen¹⁾.

Aus der gesetzlichen Verteilung der Pflichten bei Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit folgt also, daß die Übersetzung einer (zulässigerweise) vorgelegten fremdsprachigen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung dem Arbeitgeber obliegt.

1) So auch Sommer/Schaub und Kehrmann/Pelikan aaO; Brill DB 1971, 1159, 1160.

2.2.3 Die Anforderungen an die Bescheinigungen

Da es außer dem nicht notwendigen Vermerk des § 3 I S. 3 LFZG keine abweichende Vorschriften für die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen bei Erkrankung im Inland und im Ausland gibt, kann hinsichtlich der notwendigen Voraussetzungen im vollen Umfange nach oben¹⁾ verwiesen werden.

Mangels besonderer Bedeutung²⁾ sei nur folgendes ausgeführt. Die Erfordernisse, die herausgearbeitet wurden, können ohne Bedenken übertragen werden, soweit sie den Arbeiter und die Bescheinigung als Anknüpfungspunkt haben. Nicht ohne weiteres anwendbar sind die Regeln, die an die Person des Ausstellers anknüpfen. Es genügt daher z.B., daß der Arbeiter irgendeinen im Ausland praktizierenden Arzt in Anspruch nimmt³⁾. Die BÄO oder Approbationsordnung gelten nur im Inland.

2.2.4 Hinweis auf die besondere Bedeutung der Vorschrift des § 5 S. 2 LFZG bei Erkrankung im Ausland

Als Zwischenergebnis der bisherigen Untersuchung der Erkrankung im Ausland ist festzuhalten, daß nach dem LFZG auch hierbei, wie bei einer Erkrankung im Inland, Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen vorzulegen sind. Als Folge hiervon treten bei Nichterfüllung dieser Pflichten die bekannten⁴⁾ Rechtsfolgen ein, insbesondere auch

1) 1. und 2. Kapitel.

2) S. unter 3.

3) So a. Brill DB 1971, 1159, 1160.

4) S. Einl. 3.6.

die spezielle lohnfortzahlungsrechtliche Konsequenz des § 5 S. 1 Nr. 1 LFZG.

Gerade bei Arbeitsunfähigkeit außerhalb der Bundesrepublik Deutschland und dem Land Berlin jedoch spielt die Vorschrift des § 5 S. 2 LFZG eine große Rolle. Zu denken ist an lange Postwege¹⁾, trotz unverzüglicher Absendung durch den Arbeiter, oder an die Weigerung des behandelnden ausländischen Arztes, eine Bescheinigung auszustellen²⁾.

3. Vereinfachtes Verfahren des Nachweises der Arbeitsunfähigkeit

Die Beschaffung von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen im Ausland ist wegen dortiger abweichender rechtlicher Gestaltungen der Entgeltzahlung im Krankheitsfalle, Verständigungsproblemen und anderer Hindernisse mit vielen Schwierigkeiten belastet. Zur Vereinfachung wurde daher nach einem anderen Verfahren gesucht.

3.1 Die Grundlagen der Abweichung vom LFZG

Ausgangspunkt sind die Verpflichtungen des Arbeiters nach § 3 Abs. 2 LFZG. An deren Stelle wurde ein Verfahren gesetzt³⁾, worüber die Arbeiter

1) S. a. Kehrman/Pelikan § 3 RN 19; Brill DB 1971, 1159, 1160.

2) Dies soll in Holland generell so sein: Kehrman/Pelikan § 3 RN 19.

3) Rundschreiben der Deutschen Verbindungsstelle - Krankenversicherung Ausland - beim Bundesverband der Ortskrankenkassen Nr. 72/1969 vom 10.12.1969, abgedruckt bei Plöger/Wortmann, Deutsche Sozialversicherungsabkommen mit Ausländischen Staaten, Bd. 5, XIX Griechenland S. 54 und Töns C 249 ff; statt vieler a. Doetsch/Schnabel/Paulsdorff § 3 RN 17 a.

in mehrsprachigen Merkblättern der Krankenkassen aufgeklärt werden. Dieses gilt im EG-Bereich¹⁾ und weiteren Ländern²⁾.

Die Bundesvereinigung der deutschen Arbeitgeberverbände ist nun der Meinung, daß die Nachweispflicht des Arbeiters erfüllt ist, wenn dieser die vorgeschriebenen sozialversicherungsrechtlichen Formalitäten erfüllt³⁾. Dies bedeutet, daß Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen dann nicht mehr beizubringen sind⁴⁾.

3.2 Die Geltung dieses Verfahrens

Im Rahmen dieser Arbeit über die Bescheinigungen nach § 3 LFZG stellt sich in diesem Zusammenhang nur die Frage, wie sich die Ansicht der Bundesvereinigung der Arbeitgeberverbände auf das einzelne Arbeitsverhältnis auswirkt. In der Praxis stellen sich keine Probleme, da, entsprechend dem Vorschlag, die Arbeitgeber die Vorlage von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen nicht verlangen.

In der Literatur wird für die Geltung der entsprechenden Regeln lediglich auf die Billigung

-
- 1) Ab 1.10.1972 Verordnungen Nr. 1408/71 und 574/72 des Rates der Europäischen Gemeinschaften, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften 1971 Nr. L 149 S. 2, 1972 Nr. L 74 S. 1).
 - 2) Maßgeblich sind die entsprechenden Abkommen über soziale Sicherheit; s. die von Marburger BB 1978 1419, 1421 genannten Staaten.
 - 3) S. Abschnitt 10 des oben genannten Rundschreibens.
 - 4) LAG München, Urteil vom 23.5.1973 EEK I/414 mit Anm. Sabel; Schulte-Mimberg/Sabel EEK-Register C, S. 155; Feichtinger I und II S. 92; Brill WzS 1980, 69, 74; Kehrmann/Pelikan § 3 RN 24; Marburger aaO.

der Arbeitgeberverbände als solche verwiesen.

Es ist zunächst nochmals festzuhalten, daß Lohnfortzahlungsrecht und Sozialversicherungsrecht getrennt zu sehen sind. Das LFZG regelt das Rechtsverhältnis Arbeiter - Arbeitgeber. Eine unmittelbare Einwirkung hierauf durch das Sozialversicherungsrecht ist nicht möglich.

Den Ansatzpunkt für die Lösung der aufgeworfenen Frage bietet die Zustimmung der Bundesvereinigung selbst. Hieraus ergibt sich, daß empfohlen wird, "den Nachweis der Arbeitsunfähigkeit als erbracht anzusehen, sobald (gemäß dem vereinfachten Verfahren) hierüber eine entsprechende Mitteilung der deutschen Krankenkasse vorliegt"¹⁾. Vorgeschlagen wird also ein Verzicht²⁾. Die Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband schafft keine entsprechende Bindungswirkung. Hieran war wohl auch, wie der Wortlaut der "Billigung" zeigt, nicht gedacht.

Da diese Empfehlung, wie bereits ausgeführt, gefolgt wird, ergeben sich in der Praxis keine Probleme. Das Angebot zu dem notwendigen "Verzichts"-Vertrag überbringt die Krankenkasse in Vertretung des Arbeiters. Dieses wird vom Arbeitgeber nach den Regeln des § 151 BGB angenommen. Sollte einmal der Arbeitgeber keine Annahme erklären, wäre der Arbeiter über § 5 S. 2 LFZG geschützt. Denn die Einschlagung des üblichen Weges des vereinfachten Verfahrens

1) S. nochmals Ziff. 10 des Rundschreibens.

2) S. hierzu I. Kapitel A II. 1.

kann nicht als Pflichtverletzung gewertet werden.

4. Ergebnis

Die Betrachtung der Erkrankung im Ausland zeigt also, daß in den allermeisten Fällen die Vorlage von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen entfällt, da infolge des Sozialversicherungsrechts die lohnfortzahlungsrechtlichen Pflichten keine zusätzliche Bedeutung mehr besitzen.

Lebenslauf

Ich wurde am 22.1.1955 in Aschaffenburg geboren. Meine Eltern sind Karl Fleischer, Justizamtsrat, Geschäftsleiter des Landgerichts Bamberg, und Paula Fleischer, geb. Schneider. Ab September 1961 besuchte ich die Volksschule in Eltmann/Main und in Bamberg. Von September 1965 bis Mai 1974 war ich Schüler am Franz-Ludwig-Gymnasium in Bamberg. Vor der Aufnahme meines Studiums leistete ich vom 1.7.1974 bis 30.9.1975 meinen Grundwehrdienst in Veitshöchheim (3./Fernmeldebataillon 12) ab. Seit 11.4.1980 bin ich mit Angelika Fleischer, geb. Mattausch, verheiratet.

Das Studium der Rechtswissenschaften absolvierte ich vom Wintersemester 1975/76 bis zum Sommersemester 1980 an der Universität Erlangen. Die Erste Juristische Staatsprüfung legte ich im Termin 1980/I, die Zweite Juristische Staatsprüfung im Termin 1982/II ab. Mit Wirkung vom 1. August 1983 wurde ich zum Notarassessor ernannt.

